This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

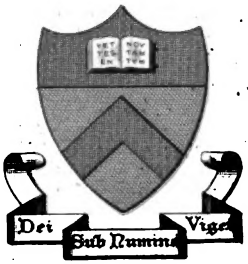
32101

7600
.993

UNIVERSITY LIBRARY,
OCT 7 1898

ANNEX LIB.

Library of



Princeton University.

Elizabeth Foundation.

Digitized by Google

UNIVERSITY LIBRARY,
CHAPEL HILL, N. C.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ZEITSCHRIFT

FÜR DAS

PRIVAT-

UND

ÖFFENTLICHE RECHT

DER GEGENWART.

Unter ständiger Mitwirkung

von

Mitgliedern der Wiener juristischen Facultät

herausgegeben von

Dr. C. S. Grünhut,

k. k. Hofrath, ord. Professor an der Universität Wien, Mitglied des Herrenhauses.

Fünfundzwanzigster Band.

UNIVERSITY
LIBRARY

WIEN, 1898.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

Rothenthurmstrasse 15.

Digitized by Google

(RECAP)
7600
.993
Bd. 25
1898

Alle Rechte vorbehalten.

UNIVERSITY
LIBRARY

Digitized by Google

I.

Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich

vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts.

Von

Dr. **Friedrich Tezner,**

Privatdocenten an der Wiener Universität.

(Fortsetzung.)*)

IV. Abschnitt.

Die Organisation der landesfürstlichen Verwaltungsrechtspflege in höchster Instanz von Maximilian I. bis auf Maria Theresia.

§. 6. Der Hofrath.

In der Innsbrucker Hofhaltungsordnung vom Jahre 1518 hatte Maximilian I. in Aussicht genommen, die Institution des Hofraths als eines Collegiums zur Unterstützung des Monarchen in Ausübung der höchsten monarchischen Gewalt nach den vorhergegangenen Schwankungen seines Bestandes zu einer dauernden zu gestalten. Es ist deshalb dieser Hofrath wohl zu scheiden einerseits von dem durch das Nürnberger Libell vorübergehend für die niederösterreichische Ländergruppe durch Maximilian I. errichteten collegialen Hofrath, dessen Aufgabe die Vermittlung des Verkehrs der Mittelbehörden mit dem Hofrath am Hofe des Königs und die Entlastung dieses letzteren Hofrathes bilden sollte, als auch von der niederösterreichischen Regierung unter Ferdinand I., insofern dieselbe vorübergehend die Bezeichnung niederösterreichischer Hofrath führte. Mit Berufung auf seine durch das Alter geminderte Arbeitsfähigkeit und die Nothwendigkeit, den Rest seiner Kraft den Angelegenheiten des heiligen Reiches, gemeiner Christenheit und seiner Erbländer zuzuwenden, bestimmt der Kaiser: So sollen und wöllen wir hinfüro alle Partheyen händel, die betreffen Justiciam

*) S. Bd. 24 d. Z. S. 459—574.

120746

Digitized by Google

unnd Beswärungen, oder Vorderung zu unserm Camergut . . . außerhalb unser aigen gehaimen grossen Sachen, durch den berüerten unsern Hofrath handeln, rathschlagen schliessen und expediern, doch was in allen solchen Händeln und Sachen genötig oder trefflich were . . . mit unserm vorwissen und willen: zu dem, dass auch zu unserm gefallen stellet, unser geheym groß Sachen, je zu zeiten mit den Hofräthen, oder etlichen aus ihnen zu berathschlagen.[1]) Nach dem Entwurfe einer Hofrathsordnung aus dem Jahre 1497[2]) sollte dagegen die Zuständigkeit des Hofraths sich erstrecken auf alle Händel, Sachen und Geschäfte des heiligen Reichs deutscher Nation, gemeiner Christenheit und der erblichen Fürstenthümer und Lande. Vergleicht man diese Organisationsbestimmungen mit einander, so tritt in der Innsbrucker Hofhaltungsordnung der Charakter des Hofrathes als eines Justizcollegiums und einer höchsten Beschwerdeinstanz mehr in den Vordergrund, jener einer obersten Regierungsbehörde zurück. Vielleicht ist das nicht eine blos zufällige Redaction, sondern eine Folge der Thatsache, dass Maximilian in der Innsbrucker Hofhaltungsordnung den Ständen in Betreff der Besetzung des Hofrathes weite, die Freiheit seines Ernennungsrechtes beschränkende Zugeständnisse hatte machen müssen.[3])

---

[1]) Kärnthner Landhandf., S. 112 f.

[2]) Adler, a. a. O. S. 43.

[3]) In den Vorverhandlungen zwischen Kaiser und Ständen, welche dem Innsbrucker Libell vorhergegangen sind, drückt der Kaiser allerdings die Absicht aus, den Hofrath zugleich zur höchsten Finanzverwaltungsbehörde für das Reich und die Erblande zu erheben; Zeibig, Der Ausschusslandtag der gesammten österreichischen Erblande zu Innsbruck 1518 im Archiv für die Kunde österreichischer Geschichtsquellen, XIII. Bd., S. 234 und 273. Eigenthümlicher Weise erhält aber diese Absicht in dem Innsbrucker Libell durch Festsetzung der Zuständigkeit des Hofrathes für „Vorderung zu unserm Camergut" keinen der Bedeutung der Reform entsprechenden Ausdruck. Es wird zwar des Fortbestandes der Hofkammer nicht mehr erwähnt, andererseits ist aber soviel sicher, dass das Libell die Errichtung von besonderen Hoffinanzbehörden in Aussicht nimmt. Vgl. über diesen letzteren Punkt die Darstellung bei Adler, a. a. O. S. 479 f., welch Letzterer gleichfalls aus dem Libell selbst im Gegensatze zu den Vorverhandlungen keine andere Competenz des Hofraths herauszulesen vermag, als die der höchsten Justiz und der Entscheidung über Forderungen oder Beschwerden gegen das Kammergut. Das deutet aber eher auf Finanzrechtspflege als auf Finanzverwaltung hin.

Digitized by Google

Es scheint in der Innsbrucker Hofhaltungsordnung an eine nach aussen gerichtete, über die Unterthanen sich erstreckende, von amtswegen einschreitende Regierungsgewalt des Hofrathes von der Art, wie sie damals die Regimente besassen[4]) oder wie sie gegenwärtig jedem Ressortminister zukommt, nicht gedacht gewesen zu sein. Unzweifelhaft ist nach dem Innsbrucker Libell die Beschlusscompetenz des Hofrathes auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege. Denn es schreibt das Libell vor, dass „die Handl, so unser Hochhait, Obrigkhaiten, Herrlichkhaiten, Pfandschafften und Ambter berieren vor unserm Hofrath, oder Regimenten, sover wier in den Landen sein, . . . gerechtfertigt werden sollen.[5]) Aber schon die Hofkammerordnung Maximilians I. von 1498[6]) kennt eine Form der Finanzrechtspflege des Hofraths, welche mit der vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof geübten vergleichbar ist. Nach dieser Instruction entscheidet zunächst die Hofkammer fiscalische Beschwerden. Allein ihre Erledigung unterliegt der Nachprüfung durch den König beziehentlich den Hofrath auf Antrag desjenigen, der sich durch diese Erledigung verletzt erachtet. Das erinnert an den in der Organisation der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit sich ausdrückenden Gegensatz zwischen der Erledigung der höchsten Verwaltungsinstanz, welche den Instanzenzug im Verwaltungsverfahren abschliesst, und dem anf Parteienantrag eintretenden verwaltungsgerichtlichen Judicat über deren Rechtmässigkeit.[7]) Auch die Finanz-

[4]) Vgl. z. B. die niederösterr. Regimentsordnung von 1502 „Unnd zu dem allen sullen die genantn unnser obrist Hawbtman Stathalter Regenten, unnser obrigkhait, herrlichkait und gerechtigkhait . . . . handthaben und schermen". Oesterr. Zeitschr., S. 235.

[5]) Rapp, a. a. O. S. 186.

[6]) *Codex Germaniae diplomaticus* von Lünig 1731, I, S. 474 f.

[7]) Aehnliche Beispiele einer gerichtlichen Prüfung eines Anspruchs an den Fiscus nach vorhergegangener gänzlicher oder theilweiser Ablehnung desselben im administrativen Wege ergaben sich als Folge der Regelung des Verhältnisses zwischen Hofkammer und Hofgericht nach der niederösterr. Regimentsordnung von 1501 und in der Instruction für das Hofgericht vom Jahre 1506, Adler, a. a. O. S. 231, 261, auch S. 87. Ebenso lässt das Hofdecret vom 18. März 1765 (Ges. Maria Theresias, chronol. Odg., 3. Aufl., Bd. IV, Nr. 787, P. 34) gegen Entscheidungen der Erbsteuerhofcommission eine befristete Vorstellung, gegen Abweisung derselben einen befristeten Hofrecurs zu, welcher durch den obersten Gerichtshof dieser Zeit, nämlich durch die oberste Justizstelle, berathen wird.

Digitized by Google

beschwerde an den Hofrath ist ein ausserordentliches Rechtsmittel und hat eehaft not zur Voraussetzung. Uebrigens eröffnet schon die Innsbrucker Hofhaltungsordnung durch die weite Fassung des Vorbehalts der kaiserlichen Genehmigung für Justizacte des Hofraths selbst, auch auf diesem Gebiete der persönlichen Gerichtsbarkeit des Kaisers einen grossen Spielraum.

Was in der Innsbrucker Hofhaltungsordnung über die Rechtsstellung des Hofraths auf dem Gebiete der Regierungsgewalt vielleicht nur andeutungsweise enthalten ist, wird in den Organisationsvorschriften Ferdinands I. scharf ausgedrückt. Die Justizthätigkeit und die Thätigkeit als höchste Beschwerdeinstanz bildet derart den hervorstechenden Theil der Competenz des Hofraths, dass er einmal geradezu als „Parteienrath", d. i. als Rath in Parteisachen, bezeichnet wird.[8]) Davon, dass er, wie die niederösterreichische Regierung nach den Instructionen aus den Jahren 1521 und 1523, volkomen macht und gewalt haben soll, in allem dem, was unser furstlich regirung betrift, zu handlen, ist aus den Instructionen Ferdinands I. nichts zu entnehmen. Vielmehr beschränkt die Hofrathsordnung von 1541 in ihrem Schlussabsatz den Hofrath in Betreff der Verwaltung ausschliesslich auf die Berathung des Herrschers, dem allein die Entschliessung vorbehalten bleibt.[9])

Der Hofrath ist zugleich bestimmt für das Deutsche Reich und für die habsburgischen Länder. Die Regierungsgewalt des römischen Kaisers ist eine kümmerliche, auf der anderen Seite forderte die Vereinigung Böhmens und Ungarns mit den deutschen Erbländern unter Ferdinand I. die volle Aufmerksamkeit des Kaisers und der Kaiser mochte bei der ihm innewohnenden Thatkraft und bei der Bedeutsamkeit der ihm zugefallenen Aufgabe nicht geneigt sein, die oberste Leitung der Staatsangelegenheiten seiner Länder aus der Hand zu lassen. Während also die Mittelstellen den Monarchen, weil sonst der Zweck der Decentralisation nicht erreicht werden könnte, in der Ausübung der Regierungsgewalt noch repräsentiren, steht der Hofrath dem Kaiser in dieser Hinsicht nur als Kronrath,

[8]) Rosenthal, a. a. O. S. 16.
[9]) Rosenthal, a. a. O. S. 181.

Digitized by Google

ihn unterstützend, zur Seite.[10]) Die Hofrathsordnung von 1559 trifft in diesem Punkte keine Aenderung[11]) und es verbleibt dem Hofrathe die hier charakterisirte Rechtsstellung bis zu seiner Auflösung. Aber in Regierungssachen besitzt der Hofrath nicht einmal als Kronrath die höchste Autorität. Sowie Maximilian I. in der Innsbrucker Hofhaltungsordnung sich vorbehalten hatte, die geheimen grossen Sachen mit den Hofräthen oder etlichen aus ihnen zu berathschlagen, so ist die Existenz eines Geheimrathes als eines höchsten über dem Hofrathe stehenden Kronrathes, als eines *consilium secretius* oder *intimum* von Ferdinand I. ab nachweisbar.[12]) Dieser Geheimrath stellt nun fast im ganzen weiteren Verlaufe seiner Entwicklung den Hofrath als Regierungsrath in den Schatten.[13]) Ja es unterliegt der Hofrath sogar auf dem Hauptgebiete seiner Thätigkeit, nämlich dem der Justizpflege, insbesondere auf dem Gebiete der für die Gesammtstaatspolitik so wichtigen Verwaltungsrechtspflege der Controle des Geheimraths in gleicher Weise, wie sie der Staatsrath als Nachfolger des Geheimrathes unter Maria Theresia erweislich an den verwaltungsgerichtlichen Sentenzen der Hofkanzleien und der obersten Justizstelle, den Nachfolgern des Hofraths als Justizbehörde, geübt hat. So bemerkt der päpstliche Nuntius Caraffa in seinem 1628 an den römischen Hof

[10]) Zutreffend sagt Caraffa in seinem Finalbericht an den römischen Hof (23. Bd. des Archivs für Kunde österreichischer Geschichtsquellen, S. 297) von dem *Consiglio Aulico*, er sei *come assessore dell'Imperatore.*

[11]) Rosenthal, a. a. O. S. 29, behauptet eine solche, ungeachtet er doch selbst S. 24 den Hofrath auf Grund der Instruction von 1541 für das Gebiet der Regierungsgewalt auch nur als Kronrath charakterisirt, der seine Beschlüsse dem Kaiser zur endgiltigen Entscheidung zu unterbreiten habe, und ungeachtet andererseits auch die Hofrathsordnung von 1559 bei der Regelung der Formen der Abstimmung die Beschlusssachen in Justizsachen und Staats-, Landes- und andere Sachen scheidet. Uffenbach vom kays. Reichshofrath Wien und Prag 1760; Mant, I, S. 7. Beiläufig bemerkt, stellt die im *Cod. Austr.* II, S. 221 mitgetheilte Instruction vom 29. December 1658 die gleiche Abstimmungsvorschrift auch für die niederösterr. Regierung auf.

[12]) Rosenthal, a. a. O. S. 32 ff., die Hofrathsinstruction von 1559, ferner Bidermann, I, S. 12; Caraffa berichtet hierüber a. a. O.: *Ma pero le cose, Soppo essersi in esso consultate, si riferiscono al Consiglio secreto, per essere quivi risolute.*

[13]) Ganz so wie zeitweilig auch die böhmischen, ungarischen Hofräthe. Caraffa, Finalrelation von 1628 im 23. Bd. des Archivs für Kunde österr. Geschichtsquellen, S. 299; Bidermann, I, S. 33, 35.

Digitized by Google

erstatteten Finalbericht[14]), dass der *consiglio secreto tratta et discute tutto quello, che qualcunque Ministro delibera et propone et distorna con suprema autorità* und ein Haus-, Hof- und Staatshandbuch aus dem Jahre 1635, der sogenannte *Status particularis Regiminis Ferdinandi II.*[15]) bemerkt in Betreff der erbländischen Angelegenheiten, es unterliege der Berathung des *consilium intimum: quidquid ad alia Consilia prius delatum ab iisque deliberatum et cum votis ad Imperatoriam Majestatem remissum est.* Diese *vota ad Imperatorem* bedeuten allerdings die Herbeiführung der kaiserlichen Entscheidung in Sachen, bei deren Berathung in einer Hofbehörde sich Stimmenzersplitterung oder Stimmengleichheit geltend macht, allein es ist in der Organisationsgesetzgebung der habsburgischen Herrscher ausreichend dafür gesorgt, dass in allen für das Interesse des Landesfürsten bedeutungsvollen Sachen ein *votum ad imperatorem* herbeigeführt werde.

Im Uebrigen befindet sich die Forschung nach der Bedeutung des Hofrathes für die habsburgischen Länder in einem Zustande, der noch Alles zu wünschen übrig lässt. Die geschichtliche Forschung hat sich bisher begnügt, festzustellen, dass der Hofrath auch nach der Hofrathsordnung von 1559, welche auf Drängen der Stände des deutschen Reichs erlassen wurde und den Charakter des Hofraths als deutschen Reichshofraths in den Vordergrund rückt, für die Bearbeitung österreichischer Angelegenheiten fortverwendet worden sei. Dabei wurde aber die Untersuchung über die für die organisatorische Bedeutung dieser Verwendung wichtige Frage vernachlässigt, ob die Verknüpfung des Reichshofraths mit den österreichischen Angelegenheiten eine ebenso organische, verfassungsmässige gewesen sei wie jene mit den Angelegenheiten des deutschen Reichs.[16]) Für die Beantwortung

[14]) 23. Bd. des Archivs u. s. w., S. 295 ff.; Hintze und Seidler nehmen an, dass der Geheimrath erst im späteren Verlaufe seiner Entwicklung sich mit Justizsachen befasst habe. Allein vorgesehen ist selbst eine primäre Zuweisung von bedeutsamen Justizangelegenheiten an den Geheimrath schon in der Hofhaltungsordnung Maxmilians I. und in der Hofkanzleiordnung Ferdinands I. von 1559.

[15]) S. 72.

[16]) Diesen springenden Punkt treffen die Ausführungen Seidler's in seinen Studien zur Geschichte und Dogmatik des österr. Staatsrechts, S. 118 ff., nicht.

Digitized by Google

dieser Frage erscheinen folgende Thatsachen bemerkenswerth: Eine Absonderung der österreichischen Sachen von den reichsdeutschen im Hofrath wird von den österreichischen Ständen bereits auf dem Innsbrucker Ausschusslandtage begehrt und von Maximilian I. wenn auch nicht im Stadium der Beschlussfassung, so doch in dem der Ausfertigung bewilligt. Dem Hofkanzler werden drei Secretarien beigegeben, je einer für das Reich, für die nieder- und für die oberösterreichische Ländergruppe. Für jedes dieser drei Staatswesen besteht eine besondere Form der Siegelung. Jeder der drei Secretäre kann den abwesenden Hofkanzler in der Ausfertigung der Erlässe für jenes Staatsgebiet vertreten, für welches er bestellt ist. Also ist schon nach diesem Stande des Hofkanzleiwesens eine Scheidung der österreichischen von reichsdeutschen Angelegenheiten als Angelegenheiten verschiedener Staaten, wenn auch nur in einem vorgerückten Stadium ihrer Erledigung vollzogen. Es ist dies eine Thatsache, deren Bedeutung vom Standpunkte des formalen Verfassungsrechts nicht unterschätzt werden darf. Die Hofrathsordnung von 1559 vollzieht nun die Scheidung der deutschen und österreichischen Angelegenheiten schon im Stadium des Einlangens der Geschäftsstücke an den Vicekanzler des Hofraths, welcher 1538 an Stelle des ehemaligen Hofkanzlers getreten war. Dieser soll alle nicht zu Handen des Kaisers zuzustellenden, an den Hofrath gerichteten Einläufe eröffnen und sie, wenn sie nicht wegen ihrer Wichtigkeit vor den Geheimrath gehören, „an unsere Verordnete des Heil. Reichs auch Ungarische Behaimische österreichische Hof- oder Kammerräthe austeilen.“ Danach bildet die Hofkanzlei das Einreichungsprotokoll unterschiedslos für alle nach Hof gelangenden Einläufe. Die weitere Behandlung dieser Einläufe richtet sich aber nach ihrem Inhalte, je nachdem sie in die Competenz des Monarchen als römischen Kaisers, als Königs von Ungarn, von Böhmen oder als Erzherzogs in Oesterreich fallen. Von der Entscheidung über diese Competenzfrage hängt es ab, ob das eingelaufene Geschäftsstück, wenn nicht etwa die Ueberweisung an den Geheimrath gerechtfertigt erschien, an die Verordneten des Reichs oder an ungarische, böhmische oder österreichische Hofräthe zu leiten sei. Es steht also der Centralisation des Ein-

Digitized by Google

reichungswesens für die an den Hof gerichteten Einläufe eine Scheidung des Referatswesens nach der Verschiedenheit der verfassungsmässigen in der Hand des Monarchen vereinigten Gewalten gegenüber, deren Verfügung jeweils eine bestimmte Angelegenheit unterlag. Wir gewahren nun einerseits, dass die österreichischen Hofräthe zusammen mit den ungarischen und böhmischen den Verordneten aus dem deutschen Reich gegenüber gestellt werden. Andererseits wird das Vorhandensein einer corporativen Zusammenfassung der Räthe aus dem deutschen Reich zu einer für sich bestehenden Behördeneinheit durch die Erwägung nahe gelegt, dass die Ueberleitung der deutschen Sachen an den Hofrath durch den Hofkanzler zu Handen des Reichshofrathspräsidenten zu geschehen hatte, dem dann die Bestimmung des Referenten oblag, während die österreichischen ganz so wie die ungarischen und böhmischen durch den Hofkanzler unmittelbar den österreichischen beziehentlich ungarischen und böhmischen Hofräthen zugewiesen wurden.[17])

[17]) Vielleicht sind die ungarischen und böhmischen Hofräthe jene, welche nach Bidermann, I, S. 31, 90-f., N. 40, 41, die ungarische, beziehentlich böhmische Hofkanzlei ausmachten. Vielleicht deutet auf eine ähnliche Abscheidung der österreichischen Hofräthe hin die bei Londorp, *Acta publica*, I, S. 563 mitgetheilte Vorstellung der niederösterr. Stände im Jahre 1618 an Kaiser Mathias, er möge einen österreichischen Hofrath wieder einsetzen. Diese Vorstellung ist ein Gegenstück zur Vorstellung der deutschen Reichsstände unter Ferdinand I., dass deutsche Sachen nur durch Deutsche gehandelt werden mögen. Dass die Instruction von 1559 eine Würdigung dieser Bitte sein sollte, wird zu wenig beachtet. Die aus diesem Jahre stammende Organisation des Hofkanzleiwesens kennt einen besonderen Secretär und eine besondere Expedition für österreichische Sachen und die Gemeinsamkeit des Taxators, Registrators und Schreibers wird mit Ersparungsrücksichten gerechtfertigt. Es ist hier ferner aus Fellner's Abhandlung, Zur Geschichte der österreichischen Centralverwaltung im 8. Bd. der Mittheilungen des Institutes für österreichische Geschichte, S. 273, zu erwähnen, dass in einem Hofstaatsverzeichnisse von 1527 ungarische und böhmische Hofräthe angeführt werden, welche mit dem Hofrathe für das Deutsche Reich nicht zu einem Collegium vereinigt sind. Mit diesen Hofräthen werden nun die österreichischen in der Hofrathsordnung von 1559 in einem Athem erwähnt. Gegenüber der Forderung der deutschen Reichsstände nach schärferer Scheidung der deutschen und erbländischen Angelegenheiten am Hofe bemerkt Kaiser Max II., die Böhmen und Ungarn hätten seit jeher ihre eigenen Kanzleien gehabt. Die Ausfertigung österreichischer Sachen in der deutschen Kanzlei durch besondere Secretäre finde er selbstverständlich. Fellner, a. a. O. S. 290. Bei der grossen Illiquidität des Materials ist es nicht möglich, sich für eine der einander entgegenstehenden Ansichten über

Digitized by Google

Davon abgesehen steht es bei dem Hofkanzler, durch Herbeiführung der Entscheidung des Kaisers, ob nicht eine Angelegenheit wegen ihrer Wichtigkeit an den Geheimrath zu leiten sei, den Reichshofrath ganz zu umgehen und es liegt in der Natur der Sache, dass eine solche Ueberleitung sich meistens in erbländischen Angelegenheiten empfohlen haben dürfte. Das Alles deutet darauf hin, dass das organisatorische Verhältniss des Reichshofraths zu den österreichischen Angelegenheiten ein wesentlich anderes war als zu den reichsdeutschen. War der Reichshofrath für Deutschland eine verfassungsmässige Behörde zur Unterstützung des römischen Kaisers in der Ausübung der ihm noch verfassungsmässig verbliebenen Competenzen und konnten ihm ohne völlige Vernichtung seines organischen Wesens die Angelegenheiten des deutschen Reichs nicht abgenommen werden, so scheint er für die österreichischen Angelegenheiten nur mitverwendet worden zu sein, wenn auch nicht in ganz gleicher, so doch in ähnlicher Weise, wie dies hinsichtlich der böhmischen, ja zuweilen selbst der ungarischen der Fall war, ohne dass deshalb an eine organische, verfassungsmässige Verknüpfung des Reichshofraths mit den Königreichen Ungarn und Böhmen gedacht werden dürfte.[18]) Die deutschen

das Verhältniss des Reichshofrathes zu den deutsch-österreichischen Ländern besonders zu erwärmen.

[18]) Nach dem *Status Regiminis*, S. 85 ff., fanden zur Zeit seines Erscheinens Vorberathungen über böhmische Landesangelegenheiten beim Vicekanzler der deutschen Reichskanzlei, Grafen Stralendorf, unter Theilnahme von Reichshofräthen statt, welche der Kaiser für diesen Zweck persönlich bestimmt hatte. Eine anonyme Staatsschrift, entstanden etwa um 1714, erwähnt der von Ferdinand II. veranlassten Revision der böhmischen Landesverfassung durch diesen Grafen Stralendorf und zwei namentlich bezeichnete Reichshofräthe (Bidermann, II, S. 40, 194, N. 50), ferner der Verwendung von Reichshofräthen zur Berathung von österreichischen Religionssachen unter Ferdinand I. (a. a. O. II, S. 192), ferner der Revision böhmischer Processe sowohl durch den Reichshofrath als auch durch niederösterreichische Regierungsräthe bis zur Errichtung der böhmischen Hofkanzlei unter Karl VI. (a. a. O. II, S. 194, N. 50, S. 329, N. 242). Ja noch 1718 wurde wegen Unzulänglichkeit der Besetzung der böhmischen Hofkanzlei das Disciplinarerkenntniss gegen einen böhmischen Hofrath durch eine Commission beschlossen, in welcher die Reichshofräthe die böhmischen in der Zahl überwogen (a. a. O. II, S. 74 u. S. 329 f., N. 244). Für Ungarn behielt sich Ferdinand I. im Jahre 1564 in Betreff der Revision des Civilrechts vor: *Et Nos quoque aliquos ex Consiliariis nostris*

Digitized by Google

Angelegenheiten vermochten dem Reichshofrathe keine genügende Beschäftigung zu gewähren, andererseits waren die habsburgischen Herrscher durch ihre Finanznoth ausser Stand gesetzt, die Hofbehörden für ihre erblichen Kronländer entsprechend zu besetzen und bedienten sich deshalb der Reichshofräthe auch für die Angelegenheiten ihrer Länder, selbst für die böhmischen und ungarischen. Der Mangel verfassungsmässiger Zulassung solcher Berathung wurde dann durch die verfassungsmässige Form der Ausfertigung der Erledigung verdeckt, welche die Entstehungsart der Erledigung nicht erkennen liess.[19]) Wird doch der Reichshofrath zur Bearbeitung österreichischer Geschäftsstücke selbst nach jenem Zeitpunkte verwendet, in welchem durch Errichtung einer besonderen österreichischen Hofkanzlei die Absicht der habsburgischen Herrscher, die österreichischen von den deutschen Angelegenheiten nach aussen hin scharf zu scheiden, deutlich genug geworden war.[20]) Aber die wenigen bisher bekannten kaiserlichen Rescripte[21]), welche uns einen Aufschluss

atque Juris peritis quoque viris eo missuri sumus. Bidermann, I, S. 15 u. S. 69, N. 64. Man nahm in jener geldarmen Zeit die staatliche Arbeit, wo man am billigsten zu derselben gelangen konnte. Dazu kam noch, dass sich die Fürsten den Rath von Männern ihres Vertrauens holten, ohne sich um die verfassungsmässige Legitimation der Rathgeber zu kümmern. Vgl. z. B. über die Einmengung des österreichischen Hofkanzlers in deutsche Angelegenheiten Fellner im 15. Bd. der Mittheilungen, S. 521. Für die Stellung des Reichshofrathes zu den österreichischen Angelegenheiten erscheint auch die eine Thatsache bemerkenswerth, dass mit der Abtrennung der oberösterreichischen und der innerösterreichischen Ländergruppe von der niederösterreichischen nach dem Tode Ferdinands I. die Revision der oberösterreichischen und der innerösterreichischen Processe von selbst auf den oberösterreichischen Hofrath, später Geheimrath und auf die geheime Stelle in Graz überging, doch wohl auch ein Beweis dafür, dass die Verbindung der österreichischen Sachen mit dem Reichshofrath keine organische, sondern eine rechtlich precäre war. Vgl. hierüber Bidermann, I, S. 79, N. 129.

[19]) Nur ausnahmsweise wird vom 18. Jahrhundert ab in einzelnen Gesetzen des Conseils gedacht, auf dessen Antrag das Gesetz erflossen war. Allein ihre allgemeine Verbindlichkeit erhalten dieselben nicht ohne ordnungsmässige Ausfertigung durch die Hofkanzleien. Bidermann, II, S. 305 f., N. 187.

[20]) Seidler, a. a. O. S. 128, Anm. 19.

[21]) Es sind dies die beiden Resolutionen Ferdinands II. vom 15. April 1637, abgedruckt bei Uffenbach, Geschichte des Reichshofrathes, S. 79, und Ferdinands III. vom 30. Juli 1650, *Cod. Austr.* II, S. 253, auf welche Seidler, a. a. O. S. 128 f. aufmerksam macht, ohne sie meines Erachtens entsprechend

Digitized by Google

über die Form der Verwendung des Reichshofrathes für österreichische Angelegenheiten in dieser Zeit bieten, zeigen uns, dass es sich hiebei um keine verfassungsmässige Competenz des Reichshofraths, sondern nur um eine der Disposition der Landesfürsten unterworfene aushilfsweise Verwendung desselben auch für landesfürstliche Zwecke handelte. Aus dem Gesagten mag es sich erklären, dass sich die Uebertragung der österreichischen Angelegenheiten von dem Reichshofrath auf ausschliesslich österreichische Hofbehörden vollzog, ohne dass sich hiedurch der organische Charakter des Reichshofraths geändert hätte und ohne jeglichen Widerstand seitens des Reichshofraths selbst, was für die damalige Zeit, in welcher Behörden ein subjectives Recht auf ihre Competenz selbst gegenüber dem Monarchen geltend machten[22]), doch nicht ganz gleichgiltig ist. Jedenfalls lässt sich bei dem

---

zu würdigen. Die erstere beseitigt einen offenbar infolge der Errichtung der österreichischen Hofkanzlei aufgetauchten Competenzzweifel dahin, dass trotz dieser Errichtung die Provocation gegen Erkenntnisse des obersten Hofmarschalls an den Reichshofrath gehen und die Hofkanzlei nur auf die Expedition österreichischer Sachen beschränkt sein solle. Die letztere erklärt aber, was von Seidler übersehen wird, dass die Auffassung, als ob solche Provocationen auch in jenen Fällen, wo beide Theile landesfürstliche Unterthanen, also nicht reichsunmittelbar seien, *immediate* und ohne Vorwissen des Kaisers an den Reichshofrath gehen müssten, als verwirrend und zu Präjudicien führend und schreibt für solche Fälle die Einholung kaiserlicher Entschliessung darüber vor, an wen die Revision zu leiten sei. Selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, dass der Kaiser Reichshofräthe mit derselben betrauen könne. Ich denke, dass diese Resolution ein überaus klärendes Licht wirft auf die Rechtsstellung des Reichshofraths zu den österreichischen Angelegenheiten. Theilt uns doch Hock in seiner Geschichte des österreichischen Staatsrathes mit, dass der Reichshofrath noch unter Maria Theresia eine Rolle in österreichischen Angelegenheiten spielte, aber deshalb war er doch keine österreichische Behörde. Er war eben nebstdem, dass er deutsche Reichsbehörde war, ein Mädchen für Alles.

[22]) Vgl. z. B. die Pacificationsresolution Leopold I. von 1699 zur Beschwichtigung der Aufregung der innerösterreichischen Regierung, welche das Recht der Publication der kaiserlichen Erlässe auf Grund eines 100jährigen Usus für sich in Anspruch nahm. Bidermann, I, S. 138, N. 72; ferner das zwischen dem Kaiser und der Grazer Hofkammer geschlossene „Concordat" auch „Friedensresolution" genannt, vom 9. October 1709 zur Herbeiführung der Einfügung der widerstrebenden Grazer Hofkammer in eine centralistische Finanzorganisation. Bidermann, II, S. 15. Dagegen betrafen die Conflicte der Reichskanzlei und der 1620 geschaffenen selbständigen österreichischen Hofkanzlei nur Etikettefragen. Bidermann, I, S. 99, N. 65.

Digitized by Google

Umstande, als die Verwendung des Reichshofraths für österreichische Angelegenheiten selbst nach dem Vollzuge einer strengen formalen Scheidung deutscher und österreichischer Angelegenheiten ausser Zweifel steht, aus dieser Verwendung allein kein Rückschluss ziehen auf die österreichische Politik betreffend das Verhältniss Oesterreichs zum deutschen Reiche und für die Beurtheilung der Stellung des Reichshofrathes zu den österreichischen Sachen von 1559 an. Alles wird darauf ankommen, ob sie verfassungsmässig vor ihn gehörten, oder ob er sie nur *precario* bearbeitete und ob nicht trotz dieser Bearbeitung die österreichischen Angelegenheiten nach der Form ihrer Behandlung österreichischem Einflusse in ungleich stärkerem Grade unterworfen waren als die reichsdeutschen.[23])

§. 7. Der Geheimrath.

Der Geheimrath, dessen erste Spuren sich bis in die Zeiten Kaiser Friedrichs III. zurückverfolgen lassen[24]), und auf dessen Agenden, die geheimen schweren Sachen, die Schatzkammerordnung von 1498 und das Innsbrucker Libell hinweisen, bietet für die juristische Betrachtung ein mehr negatives Interesse. Seine Bildung entspringt dem Bedürfnisse des Monarchen, sich Rath zu holen von Personen, welche die Berufung zu dieser Aufgabe keiner anderen Qualification verdanken, als dass der Herrscher zu ihrer Fähigkeit, ihrer Verschwiegenheit und Treue Vertrauen besitzt. Dieses Vertrauen lässt sich nun durch keine von vornherein organisirte staatliche Einrichtung, durch keine im vorhinein bestimmte Form der Behandlung bannen.[25]) Die

[23]) Diesfalls ist zu beachten, dass die Reichshofrathsordnung von 1559 nicht die Vorschrift enthält, als müs-ten die den ungarischen, böhmischen, österreichischen Hofräthen zuzuweisenden Landessachen statutengemäss das Plenum des Reichshofrathes passiren. Es erscheint vielmehr nicht ausgeschlossen, dass das Referat an den Geheimrath erstattet werden konnte (Bidermann, I, S. 12), oder dass der Kaiser eine Commission für die Berathung solcher Sachen aus Reichshofräthen und den Hofräthen der Länder zusammensetzte. Vgl. oben Anm. 17, 18, 21.

[24]) Adler, a. a. O. S. 166 f., Anm. 3; Rosenthal, a. a. O. S. 30 f.

[25]) Die grosse Schwierigkeit, der Organisation eines höchsten Staatsrathes im monarchischen Staate Festigkeit zu verleihen, bezeugt neuestens Zorn, Die rechtliche Stellung des preussischen Gesammtministeriums. Dazu vgl. Die ververfassungsmässige Stellung des preussischen Gesammtministeriums und die rechtliche Natur der königlichen Reichscollegien von Gneist im 3. Bd. des Verwaltungsarchivs von Schultzenstein und Keil.

Digitized by Google

Geschichte Oesterreichs in der ständischen und absolutistischen Epoche lehrt in diesem Punkte ganz wie jene anderer nicht constitutioneller monarchischer Staaten, dass sich das Vertrauen des absoluten Herrschers nicht nach der in Organisationsstatuten bestimmten Bedeutung der ihm zunächst stehenden Behörden richtet, sondern naturgemäss nur psychologischen Gesetzen unterliegt[26]), dass umgekehrt die politische Bedeutung der Behörden in der constitutionell nicht beschränkten Monarchie mit dem Grade des Vertrauens des Herrschers zu denselben steigt und fällt. Mag immerhin der Geheimrath als Collegialbehörde organisirt sein, so ist der Monarch durch nichts daran gehindert, die Stimmen nicht zu zählen, sondern zu wägen. Ein Mitglied desselben kann ihm das ganze Collegium aufwiegen. Schon unter Ferdinand I. spielte trotz seines Geheimraths der Hofkanzler Leopold von Harrach eine massgebende Rolle bei der Berathung des Kaisers.[27]) Von Khlesl berichtet der venetianische Gesandte Hieronymus Soranzo um das Jahr 1614[28]), er habe im Staatsrath beschlossene und sogar vom Kaiser unterfertigte (!) Regierungserlässe vernichtet und dem Kaiser an Stelle des vernichteten Acts eine neue, von ihm entworfene Ausfertigung zur Unterschrift vorgelegt und dieselbe expediren lassen — alles dies ohne Wissen des Geheimraths (!). Esaias Pufendorf, schwedischer Gesandter am Wiener Hofe, theilt in einem Bericht

[26]) Auch dem constitutionell-monarchischen Staate ist es noch nicht gelungen, eine Nebenregierung neben der constitutionellen zu verhüten. Es besteht immer die Gefahr, dass diejenigen Personen, welche den Verkehr zwischen dem Monarchen und den Ministern vermitteln, sein höchstes Vertrauen erringen und vielleicht selbst ohne ihren Willen in die Stellung der ausschlaggebenden Berather des Königs hineingerathen. Rink in Leopold des Grossen röm. Kaysers Leben und Thaten (Cöln 1713) macht es diesem Kaiser zum Vorwurf, dass er die persönliche Ausübung der Regierungsgewalt zu weit getrieben habe und sich nicht habe entschliessen können, der herrschenden Uebung gemäss einen Premierminister (einen *Ministrissimus*) zu bestellen. Ein Lehrgesetz, welches Franz Rudolf Halden Freiherr v. Trazberg zur Unterweisung des nachmaligen Kaisers Josef I. niedergeschrieben hat, erklärt es für das Beste, wenn der Herrscher sich allein zum Rathgeber habe. Bidermann, a. a. O. II, S. 106, N. 1, S. 133 *f.*, N. 41.

[27]) A. a. O. I, S. 70 f., N. 74. Ueber die Bedeutung des obersten Schatzmeisters Gabriel von Salamanca unter Ferdinand I. vgl. Buchholtz, VIII, S. 18 und 332.

[28]) Fiedler, Die Relationen der Botschafter Venedigs. *Fontes rerum austriacarum*, 2. Abth. der *Diplomataria*, 26. Bd., S. 20.

Digitized by Google

vom 27. März 1675[29]) an den schwedischen König mit, dass der spanische Ambassadeur mit Hilfe des Vertrauens, welches der österreichische Hofkanzler Baron Hocher und dessen Geheimsecretär Abele beim Kaiser genössen, es dahin gebracht habe, dass der Kaiser verschiedene wichtige Dinge resolvire, davon die (an Stelle des geheimen Raths getretene) geheime Conferenz collegialiter nichts gewusst und der Obersthofmeister unter Leopold I. Fürst Dietrichstein wird in einem Staatsschematismus aus dem letzten Decennium des 17. Jahrhunderts als Director des geheimen Raths angeführt mit der Glosse: schafft allen Anderen.[30]) Mit diesem auf persönliche Gründe zurückzuführenden Wechsel in der Bedeutung des Geheimraths hängt es zusammen, dass er auf die fremden Gesandten zu verschiedenen Zeiten einen verschiedenen Eindruck macht. Im Jahre 1628 berichtet der päpstliche Nuntius Caraffa an den römischen Hof[31]) von dem *consiglio Secreto*, dass er *ordina et commanda tutto*. Dagegen hat der Geheimrath nach dem im Jahre 1654 erstatteten Berichte des venetianischen Gesandten Giustiniani[32]) nur berathende Function, während in allen Dingen entscheidend nur der persönliche Wille des Monarchen sei, und unter Leopold I. tritt für den venetianischen Gesandten der Charakter des Geheimrathes als eines obersten Civil- und Strafgerichtshofs am meisten hervor.[33]) In der That ist unter Leopold I. der österreichische Hofkanzler Baron Hocher[34]), nach ihm der böhmische Kanzler Graf Ulrich Kinsky[35]) der erste Mann am Hofe, der einen ganzen Geheimrath aufwiegt, während eben darum der Geheimrath zu einem blossen Justizrathe hinabsinkt[36]), welcher nur mit der Berathung von Revisionssachen betraut ist, und in seiner Eigenschaft als Staatsrath schon durch andere Organisationen abgelöst ist. Und

[29]) Bidermann, I, S. 115, N. 24.

[30]) Bidermann, II, S. 107, N. 2.

[31]) Archiv für österr. Geschichtsquellen. 23. Bd., S. 295 f.

[32]) *Fontes rerum austriacarum;* a. a. O. S. 400 f.

[33]) Deutlich ausgeprägt ist diese Entwicklung unter Josef I., unter welchem die bedeutsamsten Competenzen des Geheimrathes auf die sogenannte Conferenz übergegangen waren. Bidermann, II, S. 17.

[34]) A. a. O. I, S. 115, N. 24.

[35]) A. a. O. I, S. 130, N. 52.

[36]) A. a. O. S. 17.

Digitized by Google

das Gleiche gilt von der Stellung des Fürsten Salm unter Josef I. [37])

Ein Rückblick auf die Geschichte des Geheimraths zeigt uns also keinerlei Entwicklung, sondern eine unberechenbare Veränderlichkeit seiner Gestaltung und Bedeutung und zuletzt eine vollständige Desorganisation [38]), ein Schicksal, welches auch dem später von Maria Theresia mit so grossen Hoffnungen in's Leben gerufenen Staatsrath beschieden war. Was aber den Geheimrath dauernd charakterisirt, ist das negative juristische Merkmal, dass er kein verfassungsmässiges Organ irgend eines der unter habsburgischem Scepter vereinigten Länder, mit keinem derselben orga-

[37]) A. a. O. II, S. 106, N. 1, S. 109, N. 3.

[38]) Schon unter Leopold I. war die höchste Berathung der Landtagsmaterien, insbesondere der ständischer Bewilligung bedürftigen Contributionen, der Cameralgegenstände, des Kriegsfinanz- und Militärverpflegswesens auf die meist unter Vorsitz des Kaisers tagende, 1697 errichtete Deputation übergegangen. Sie bestand aus Mitgliedern des Hofkriegsraths, des für das Militärintendanzwesen bestehenden Generalkriegscommissariates und sämmtlicher Hofkanzleien, welche so centralistischer Beeinflussung ausgesetzt sein sollten. Die Angelegenheiten des Aeussern und die hohe innere Politik wurde von einer unter Leopold I. errichteten Conferenz berathen, weil der alte Geheimrath wegen des starken Herandrängens aller Ehrsüchtigen zu demselben ein unförmliches, zur Berathung delicater Angelegenheiten untaugliches Collegium geworden war. Die Competenz dieser Conferenz für die Pflege der äusseren Politik geht dann unter Josef I. auf die kleine Conferenz und endlich unter Maria Theresia auf die Staatskanzlei über, die uns schon unter Karl VI. als eine von der Hofkanzlei *in internis* geschiedene Section der österr. Hofkanzlei für das *publicum extrinsecum* entgegentritt. Bidermann, I, S. 39, 115, N. 24, II, S. 18, über eine Conferenz vom 6. Juli 1703. II, S. 83; Fellner in der Besprechung der Bidermann'schen Geschichte der österreichischen Gesammtstaatsidee im 15. Bd. der Mittheilungen des Institutes für österreichische Geschichtsforschung. S. 519 f., 525 f., 529. Mit der Thatsache, dass die Monarchen ihr persönliches Regiment noch aufrecht erhalten und ihre Entscheidungsgewalt nicht an die höchsten Behörden abtreten wollten zu einer Zeit, als die höchste Leitung der Staatsangelegenheiten nicht einmal mehr von einem Kronrathe, geschweige denn von einer Person übersehen werden konnte, erklärt sich die bekannte Hypertrophie von höchsten Conseils, welchen keinerlei Entscheidungsgewalt, sondern nur Berathungscompetenz zukommt. Unter Leopold I. entsteht 1666 ein Hof-Commerzcollegium (Bidermann, I, S. 111 f., N. 22, II, S. 68), unter Josef I. besteht eine Hofcommission in Sanitätssachen (Bidermann, II, S. 306, N. 187), 1698 wird eine geheime deputirte Commission *in cameralibus* oder Cameraldirectorium errichtet, 1706 entsteht die Ministerial-Banko-Deputation, 1716 die Finanzconferenz (Mensi, Die Finanzen Oesterreichs, S. 113, 216, 462) u. s. w.

Digitized by Google

nisch verbunden ist. Keine der Länderverfassungen kennt ihn. Deshalb kann eine verbindliche Ausfertigung kaiserlicher Erlässe nicht durch den Geheimrath erfolgen.[39]) Ihm kommt keine Dienst- und Aufsichtsgewalt über die Landesbehörden wie den Hofkanzleien[40]), keine nach aussen gerichtete Regierungs- und Justizgewalt wie den Landesregierungen zu. Der Monarch mag sich des Geheimrathes bedienen, um nach gepflogener Berathung desselben oder mit demselben den Hofkanzleien seinen Willen kundzugeben, niemals ist der Collegialbeschluss des Geheimraths als solcher für die Hofkanzleien verbindlich und mag auch in gewissen Zeiten die Macht des Hofkanzlers für die Ausübung einer derartigen Befugniss nicht ausgereicht haben, verfassungsmässig kann und soll er den persönlichen Auftrag des Monarchen erwirken, wenn er gegründete Bedenken hat, den ihm durch den Geheimrath mitgetheilten Willen als kaiserlichen zu behandeln.[41]) Man kann

[39]) Deshalb muss auch die Annahme der Regentschaft durch die Kaiserin-Witwe Eleonore nach dem Tode Josefs I. im Auftrage der Länder-Hofkanzleien durch die Gubernien kundgemacht werden. Bidermann, a. a. O. II, S. 196, N. 53.

[40]) A. a. O. II, S. 301 f., N. 176, 177.

[41]) Das Gutachten des starren Centralisten, Hofkammer-Vicepräsidenten Grafen Johann Quintin Jörger von 1685, betreffend die Ausdehnung der Centralisation auf die Landesstellen der mit der niederösterreichischen vereinigten oberösterreichischen Ländergruppe wirft dem Hofkanzler Freiherrn v. Hocher vor, er habe aus der Unterordnung der Landesstellen unter die erbländische Hofkanzlei in Wien gar ein *Punctum juris* gemacht, wogegen der gegenwärtige Hofkanzler als ein *vir civilis* der kaiserl. Majestät Convenienz voraussetze und sich dessentwegen mit derselben in keine Competenz einlassen werde. A. a. O. I, S. 142, N. 83. Es ist dies derselbe Hocher, der uns andererseits entgegentritt als eifrigster Fürsprecher des Absolutismus gegenüber den Ständen (a. a. O. I, S. 147, N. 92) und gegenüber Ungarn (I, S. 118 f.). 1681 bemüht sich der böhmische Hofkanzler Ulrich Graf Kinsky mit vorübergehendem Erfolge, das Recht des Vorschlags zur Besetzung der Präsidentenstelle bei der Prager Kammer von der Wiener Hofkammer zu Gunsten der böhmischen Hofkanzlei zu vindiciren; a. a. O. I, S. 130, N. 52. Für Ungarn bietet die vom Kanzler Mattyasowsky eingenommene Stellung gegenüber dem vom Hof ausgegangenen Entwurfe eines Planes zur Vertheilung der Militärlasten auf die Länder unter Leopold I. den Beweis, dass die Kanzler auch Muth fanden, Verfassungsbedenken gegenüber dem Monarchen zu Gunsten ihrer Länder geltend zu machen; a. a. O. I, S. 108, N. 9; vgl. auch I, S. 119, N. 33. Josef II. findet bei seinen Angriffen auf die ung. Verfassung einen zähen Widerstand in der ung. Hofkanzlei. Hock-Bidermann, Der österr. Staatsrath, S. 187 f., 195, 197, 209 f.

Digitized by Google

diese eigenartige Rechtsstellung des Geheimrathes, welche ihn wie jene der Finanz- und der Militärbehörden über allen Verfassungen schweben lässt, weshalb für die Mitgliedschaft das Indigenat in den seiner Berathungscompetenz unterliegenden Ländern nicht erforderlich ist, nicht treffender bezeichnen als mit dem Ausdruck *officium extraneum, accessorium*, welchen eine Hofkammerinstruction vom Jahre 1699 für die damals nach Siebenbürgen abgeordneten Cameralaufseher und Finanzcontrolore verwendet.[42]) Das ist ein passender Ausdruck für die verfassungsfremden, möglicherweise aus Landfremden bestehenden, verfassungsrechtlich nicht nothwendigen Behörden, deren nicht verfassungsmässiger Einfluss als Fremdherrschaft empfunden wird. So erklärt es sich auch, dass unter Leopold I., unter welchem ein Theil der Competenz des Geheimrathes auf die sogenannte Deputation *in oeconomicis et militaribus* übergegangen war, die Landesstellen ihre Instructionen über die von der letzteren beschlossene Organisation des Militärverpflegswesens nicht durch die Deputation, sondern durch die ihnen vorgesetzten Länderhofkanzleien erhalten.[43]) Und 1705 rügt es Prinz Eugen als einen formalen Verstoss, dass in seiner Abwesenheit der Hofkriegsrath die kaiserliche Resolution, betreffend die Unterstellung der bisher der österreichischen Hofkanzlei untergeben gewesenen innerösterreichischen Militärbehörden unter den Hofkriegsrath, durch Vermittlung des Fürsten Salm, damaligen Premierministers Leopold I., angenommen habe, statt auf der ordnungsmässigen Zustellung durch die österreichische Hofkanzlei zu bestehen.[44]) Danach hätte sich der Geheimrath nicht einmal mit den übrigen Hofstellen, außer der österreichischen Hofkanzlei, in unmittelbare Beziehung setzen dürfen.

Wenn es deshalb in einem Berichte des päpstlichen Nuntius Caraffa über die Zeit von 1624—1628[45]) vom Geheimrath heisst: *Ordina et commanda tutto quello, que riguarda lo stato, la pace, il governo, gli interessi de la camera*, so ist damit die politische, nicht aber die organisations-, die verfassungsrechtliche Stellung des Geheimrathes richtig charakterisirt. Seine Beschlüsse sind

[42]) A. a. O. I, S. 45 unten, II, S. 154, N. 80, S. 161, N. 85.

[43]) Bidermann, a. a. O. I, S. 39.

[44]) A. a. O. II, S. 9.

[45]) Vgl. oben Anm. 31.

Digitized by Google

nichts mehr als Rathschläge für den Monarchen, welche die Grundlage seiner Entschliessungen bilden können, nicht aber verbindliche Befehle. Eine andere Bedeutung des Geheimrathes hätten sich weder die böhmischen, noch die ungarischen Stände, noch auch der durch die hundertjährige Trennung vom Stammlande herausgewachsene Particularismus der inneröster-reichischen Länder gefallen lassen. Richtig bestimmt die hierarchische Stellung des Geheimrathes, des *consiglio de stato*, der venetianische Botschafter Aloisio Molin in seinem Bericht von 1661[46]), wenn er ihn nur als *il più importante* bezeichnet, aber doch *aequo loco* mit dem *consiglio aulico* anführt.

Was aber dem Geheimrath an verfassungsmässiger, nach aussen gerichteter Gewalt abgeht, ersetzt er im Gipfelpunkte seiner Entwicklung durch seine politische Macht. Er beeinflusst im persönlichen Verkehre mit dem Monarchen dessen Entschliessungen und unterstützt ihn in der Pflege einer absolutistisch centralistischen Politik in den äusseren Formen der Sonderstaatsverfassungen der habsburgischen Länder.

Mögen seine normativen Beschlüsse für jede mit einer Sonderverfassung ausgestattete Ländergruppe durch die Hofkanzleien als ein besonderes für sie erlassenes Gesetz ausgefertigt werden[47]), so ist es doch häufig der eine inhaltlich gleiche Beschluss, der uns in der Form der für jede Ländergruppe besonders erlassenen Gesetze entgegentritt.

Die Beschlusscompetenz des Geheimrathes ist, wie es dem Wesen des vom Standpunkte politischer Bedeutung höchsten Kronraths entspricht, eine universale. Darin stimmen alle Berichte überein. *Cameralia et quiquid ad alia Consilia prius delatum* — heisst es im *Status regiminis*[48]) — *ab iisque deliberatum conclusum cum votis ad Imperatoriam Majestatem remissum est, quae itaque caetera consilia deciderunt ea postea mutat vel*

[46]) *Fontes rerum austriacarum.* 2. Abth., 27. Bd, S. 50, 55.

[47]) Auch auf dem Gebiete des modernen Staatsrechts vollziehen sich Concessionen an den Föderalismus mittels föderalistischer Gestaltung des Ausfertigungswesens. Vgl. den Schlussabsatz des Octoberdiploms und des Februarpatents, §. 60 des G. A. XXX vom Jahre 1868, betreffend die gemeinsame Verfassung der Länder der Stefanskrone.

[48]) S. 73.

Digitized by Google

aliter quandoque disponit Consilium Imperiale intimum, unde ratificatio Caesarea in omnibus expectanda est. Und ebenso bezeichnet der bereits erwähnte Bericht Molin's den Geheimrath als diejenige Stelle: *al quale tutti gli altri Consigli rapportano le materie gravi.* Es ist also die Aufgabe des Geheimrathes, eine Superrevision zu üben an den Beschlüssen aller anderen collegial organisirten Hofstellen, sie zu reinigen von allen ihnen etwa noch anhaftenden particularistischen Schlacken und sie einzufügen in den Rahmen der gesammtstaatlichen Politik. Das drückt Caraffa mit dem Satze aus: *modera tutte le attioni degli altri.*[49])

Diese Superrevision erstreckt sich nun auch — und hiedurch gewinnt der Geheimrath Bedeutung für den hier behandelten Gegenstand — auf die in dem Hofrathe und später in den Hofkanzleien beschlossenen Revisionserkenntnisse. Schon der Bericht Caraffa's erwähnt der Cameralia, zu welchen die Finanzrechtspflege in allen ihren Richtungen gehört, als der Beschlusscompetenz des Geheimrathes unterliegend.[50]) Es geht aber aus den Instructionen Karl VI. für die vom ihm collegial organisirte böhmische und österreichische Hofkanzlei hervor, dass gerade die Revision in Justizsachen dem Geheimrathe noch verblieb, als seine bedeutungsvolleren Functionen bereits auf andere Collegien übergegangen waren. Die Vorschriften beider Hofkanzleiordnungen über die Form und Behandlung jener Justizsachen, bei denen *Jura regia* in Frage stehen, lassen ausserdem erkennen, dass es ganz besonders die Verwaltungsrechtssachen waren, um derentwillen eine

---

[49]) Das gilt auch von der ungarischen Hofkanzlei mindestens bis zum Ausgang des vorigen Jahrhunderts. Vgl. Bidermann, II, S. 293, N. 128. Uebrigens scheint die Reihenfolge der Berathungen der Hofbehörden und des Geheimrathes nicht immer dieselbe gewesen zu sein. Giacomo Soranzo, venetianischer Botschafter am Hofe Ferdinand I. um 1562, theilt in dem Berichte an seine Regierung mit, der Kaiser habe das im Geheimrath Beschlossene den Ungarn, d. i. dem ungarischen Hofrathe, vorgeschlagen (*Fontes rerum austriacarum*, 30. Bd., S. 213). Nach dem Berichte des päpstlichen Gesandten Caraffa von 1628 ging die Berathung mit dem böhmischen Hofkanzler jener mit dem Geheimrath voran (Archiv für Kunde österr. Geschichtsquellen, 23. Bd., S. 299.)

[50]) Nach Beckmann, S. 578, hat Ferdinand II. nach seiner Krönung den Geheimrath in Graz zurückgelassen *pro majore cautela regalium et jurium suorum conservandorum.*

Digitized by Google

Controle der Sentenzen der beiden Hofkanzleien durch den Geheimrath erhalten wurde. Denn es handelte sich um die Controle der entsprechenden Wahrung der landesfürstlichen, insbesondere der centralistisch fiscalischen Interessen durch die Länderhofkanzleien.[51]) Da nun eine sichere Abgrenzung der *Jura regia* oder des *jus publicum* gegenüber den *Jura privatorum* oder dem *jus privatum* nicht zu erzielen war und da auch bei reinen Privatrechtsansprüchen öffentlich-rechtliche Fragen als Präjudicialfragen eine Rolle spielen konnten, so blieb die Revisionsbefugniss des Geheimrathes noch zu einer Zeit bestehen, in welcher bereits für die österreichischen und böhmischen Länder eigene collegial organisirte höchste Justizbehörden bestanden. Es handelte sich eben darum, die centralistischen Interessen auch auf dem Gebiete des Justizwesens zu wahren.

Was die Form der Thätigkeit des Geheimrathes betrifft, so fasste derselbe seine Beschlüsse entweder unter Vorsitz des Kaisers[52]) oder in Abwesenheit desselben. In letzterem Falle bedurften sie seiner Sanction: *Unde in omnibus ratificatio Caesarea expectanda est.*[53]) Seine Besetzung scheint einer festen Ordnung entbehrt zu haben. 1554 sind Mitglieder des Geheimrathes ausser einzelnen Hofwürdenträgern hohe Militärs, der Hof- und Hofvicekanzler der deutschen Hofkanzlei, der Hofkammerpräsident.[54]) In seinem schon erwähnten Berichte von 1675 führt Esaias Pufendorf unter den Mitgliedern an: die Principal-Hofofficiere, nämlich die Obristen Hofmeister des Kaisers und der Kaiserin, den Oberstkämmerer, Obersthofmarschall und Oberststallmeister, dann andere hohe Etatsbedienstete, zum Exempel den

---

[51]) Wenn deshalb Fellner im 8. Bd. der Mittheilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, Zur Geschichte der österr. Centralverwaltung, S. 272. hervorhebt, der Geheimrath habe unter Rudolf II. sogar über Finanzsachen votirt, so leidet diese Bemerkung an einer Unterschätzung des Finanzwesens für die centralistische Politik.

[52]) Nach dem Anm. 29 erwähnten Berichte Pufendorf's wurden alle wichtigeren *negotia* vom Geheimrath im Beisein des Kaisers tractiret. Dasselbe galt auch von der geheimen Conferenz Leopolds und Josefs I. (Bidermann, II, S. 17; Mensi, a. a. O. S. 189, 191, 201, 462 und 466, betreffend die sogenannte Finanzconferenz.)

[53]) Anm. 29; Fellner, im 15. Bd. der Mittheilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, S. 526.

[54]) Bidermann, I, S. 12, 63, N. 48.

Digitized by Google

böhmischen Kanzler, den Reichsvicekanzler, den unterösterreichischen Oberstatthalter, Kammerpräsidenten, Feldmarschälle — ein bunt zusammengewürfeltes Collegium! Nicht einmal, ob die Hofkanzler allezeit und organisationsgemäss im Geheimrath stimmberechtigt waren, lässt sich feststellen.[55]) Sicher aber war die Theilnahme des Hofkanzlers der einen Ländergruppe an der Berathung der Angelegenheiten einer anderen Ländergruppe nicht ausgeschlossen[56]), und es liegt

[55]) Ueber die Besetzung des Geheimrathes vgl. noch die Angaben bei Bidermann, I, S. 31 f., 35, 95, N. 51. Mitglieder der geheimen Conferenz unter Leopold I. waren laut des wiederholt citirten Berichts des Esaias Pufendorf der Obersthofmeister (nach Fellner, Zur Geschichte der österr. Centralverwaltung, a. a. O. S. 274, als höchster Hofwürdenträger), der Reichshofrathspräsident, der Oberstkämmerer und der österreichische Hofkanzler. Der Geheimrathssitzung zur Berathung der Propositionen an den ungarischen Reichstag von 1687 wohnten der Obersthofmeister, der böhmische und der österreichische Hofkanzler bei; Bidermann, I, S. 150, N. 105. Unter Josef I. sind ständige Conferenzräthe die zwei durch die Instruction vom 3. Juli 1705 bestellten österreichischen Hofkanzler für *Juridica* und *Politica*. A. a. O. II, S. 17. Vgl. auch Hintze, Der österreichische Staatsrath im 16. und 17. Jahrhundert, im 8. Bd. der Savigny-Zeitschrift und die Relationen der venetianischen Botschafter in den citirten Bänden der *Fontes rerum austriacarum*.

[56]) Vgl. die vorstehende Anmerkung. Nach dem citirten Berichte Caraffa's im 23. Bd. des Archivs für österr. Geschichtsquellen, S. 295, 299, erlangen die Beschlüsse des böhmischen und ungarischen Landessenates erst durch die Befürwortung seitens des Geheimrathes die erforderliche Eignung für die kaiserliche Genehmigung. Den böhmischen Räthen macht Ferdinand I. die Zuziehung fremder Räthe zur Berathung böhmischer Angelegenheiten damit plausibel, dass bei strenger Festhaltung des sonderstaatlichen Princips in der Form der höchsten Berathung der Landesangelegenheiten auch die böhmischen Räthe von der Theilnahme an der Berathung nichtböhmischer Angelegenheiten ausgeschlossen und somit eines wichtigen Theiles ihres politischen Einflusses beraubt werden müssten. Buchholtz, 2. Bd., S. 449. In Ungarn wurde das Verhältniss des Geheimrathes zum Land geraume Zeit als ein anorganisches empfunden (Bidermann, a. a. O. I, S. 65, N. 55, S. 86, N. 25, S. 88, N. 32, S. 150, N. 105) und er war deshalb der Gegenstand aufreizender Gerüchte (I, S. 98, N. 63, S. 99, N. 64). Die Ungarn erwirkten einerseits die Anerkennung des Grundsatzes, dass alle die Rechtspflege betreffenden oder die Rechte des Landes berührenden Angelegenheiten nur von ungarischen Räthen berathen werden sollten, andererseits arbeiteten sie darauf hin, dass bei der Berathung des Heeres-, des Finanzwesens und des Aeussern, soweit es sich nicht um verbindliche Normen an die Unterthanen, also nur um ein königliches Reservatrecht handle, ungarische Räthe beigezogen werden sollten. A. a. O. I, S. 86, N. 25, S. 104, N. 83, 84; II, S. 44. Am Hofe scheint man indess auf Ungarn bezügliche Armeever-

Digitized by Google

nahe[57]) und wird übrigens durch die Einrichtung der sogenannten Conferenz unter Josef I.[58]). sowie durch die Hofkanzleiordnungen Karls VI. bestätigt, dass die Hofkanzler entweder persönlich oder durch einen sie vertretenden Referendar das Referat über die ihre Ländergruppen betreffenden Angelegenheiten im Geheimrath führten und ihre Vorschläge erstatteten. Die Ausfertigung verbindlicher, vom Kaiser sanctionirter Beschlüsse kam aber, wie bemerkt, nur den Hofkanzleien zu.

Offenbar war nun auch die Betheiligung der Hofkanzler am Geheimrath selbst nur mittels Referates und Vorschlags dem centralistischen Bedürfnisse zu viel und damit mag es sich erklären, dass das Organisationsstatut, durch welches Maria Theresia den Staatsrath an Stelle des früheren allmächtigen Geheimrathes einschob, mit den übrigen Hofbehörden auch die Hofkanzler von jeder wie immer gearteten Theilnahme an den Berathungen des Staatsrathes grundsätzlich ausschloss.[59]) Damit glaubte man, eine absolut sachliche, von der Einseitigkeit der Ressortmänner und vom Particularismus der Hofkanzler

---

ordnungen, wie z. B. die Aufstellung von Sanitätscordons, selbst wenn sie auch die Bevölkerung verbinden sollten, als Ausfluss des königlichen Reservatrechts angesehen zu haben. A. a. O. II, S. 306, N. 187. Vgl. auch Fellner, a. a. O. 279, 280, 292.

[57]) A. a. O. I, S. 12. Nach dem citirten Berichte Caraffa's nimmt an den Berathungen über ungarische Angelegenheiten der ungarische Kanzler Theil; a. a. O. I, S. 35. Eine im Besitze Bidermann's befindliche handschriftliche *Instructio Cancellariae Regiae Hungarico-Transylvanico-Aulicae de annis 1727 et 1746* enthält im P. 5 der Instruction von 1727 die Vorschrift, es solle ungeachtet vorangegangener Berathschlagung einer Materie in dem ungarischen Hofrath *(Consilio Hungarico-Aulico)* zum Vortrage der Sache im Geheimrath oder in der Ministerialconferenz ein ungarischer Hofrath *ex statu nobilium* delegirt werden; a. a. O. II, S. 293, N. 128. Vgl. auch ebenda II, S. 43. Unzweifelhaft sind Ungarn Mitglieder des alle Angelegenheiten des Reiches, somit auch die ungarischen, berathenden Staatsraths, welcher seit 1804 ein kaiserlich königlicher ist; Hock-Bidermann, a. a. O. S. 104, 108, 651, 655 f., 664, 668, 678.

[58]) A. a. O. II, S. 17 f.

[59]) Hock-Bidermann, Der österreichische Staatsrath, S. 10. Man erklärte den Ressortmann, insoferne es sich um eine gerechte Abwägung der einander entgegenstehenden staatlichen Interessen handle, als eine *pars pro judice*. Vgl. auch Bidermann's Gesammtstaatsidee, II, S. 23 unten u. S. 293, N. 228.

Digitized by Google

nicht beeinflusste Berathung herstellen zu können. Auf diesen Staatsrath geht dann auch die Superrevision der von den Hofkanzleien, später von der obersten Justizstelle beschlossenen Revisionserkenntnisse, und zwar auch der auf Verwaltungsrechtssachen bezüglichen über, wogegen die Justizstelle bei der Kaiserin erfolglos Einsprache erhebt.

Von dem Geheimrathe, von welchem bisher die Rede war, sind zwei Einrichtnngen zu unterscheiden, welche durch ihren Namen an denselben erinnern. Nach der Abtrennung der inner- und der oberösterreichischen Ländergruppe von der niederösterreichischen hatten die Landesfürsten der beiden ersteren einen Geheimrath errichtet, welcher zugleich die Competenzen des von Ferdinand I. gebildeten Hof- und des Geheimrathes in sich vereinigte.[60]) Dieser ober- und innerösterreichische Geheimrath erhielt sich nun auch nach der Wiedervereinigung aller drei Ländergruppen theils als Behörde zur Vermittlung des Verkehrs der Landesämter mit dem Hofe, vergleichbar dem niederösterreichischen Hofrath Maximilians vom Jahre 1501, theils als höchster Justizsenat für diese beiden Ländergruppen, also zur Vorbereitung der landesfürstlichen Revisionserkenntnisse für diese Länder vermöge des ihnen zustehenden Privilegiums, dass der Rechtszug von den Gerichten derselben nicht ausser Landes gehen dürfe.[61]) Ausserdem ist in den Rechtsquellen der hier behandelten Epoche auch noch von hinterlassenen geheimen Deputirten die Rede. Diese Deputirten werden von dem Monarchen nur vorübergehend und *ad hoc* bestellt, um ihn für die Dauer seiner Abwesenheit oder sonstigen Behinderung in der Ausübung der höchsten Regierungsgewalt zu vertreten. Sie bilden also keine ständige Behörde[62]), sondern sind eine

[60]) Hiezu vgl. die wichtige Abhandlung Bidermann's, Geschichte der landesfürstlichen Behörden in und für Tirol von 1490 bis 1749 im Archiv für Geschichte und Alterthumskunde Tirols, 3. Jgg., S. 323 ff., desselben Gesammtstaatsidee, I, S. 138, N. 75; Beckmann's *Idea juris*, Art. „Geheime Stelle *(Consilium Status)*", S. 173.

[61]) Beckmann, a. a. O. S. 173; Bidermann, a. a. O. II, S. 85 f., N. 2.

[62]) Ueber Fälle der Bestellung einer solchen Stellvertretung unter Ferdinand I. für die niederösterr. Länder. (Rosenthal, a. a. O. S. 107; Buchholtz, 8. Bd., S. 20; Fellner, Zur Geschichte der österr. Centralverwaltung, S. 294 ff., S. 298); unter Rudolf II., Ferdinand II. und Ferdinand III. (Bidermann, a. a. O. I, S. 33, 36, S. 85, N. 22, S. 102, N. 70, 71; II, S. 250, N. 69.

Digitized by Google

Regierung mit ausserordentlichen Vollmachten. Sie werden zuweilen bestellt mit der Vollmacht der Stellvertretung des Monarchen für den ganzen habsburgischen Länderbesitz. Indess ringt in Ungarn gegenüber dieser universalen Stellvertretung der Grundsatz nach Anerkennung, dass sowohl zur Stellvertretung des abwesenden Königs in Ausübung seiner höchsten Gewalten als auch zur Führung der Regentschaft für den regierungsunfähigen König der Palatin berufen sei.[63])

§. 8. Die Hofkanzleien.

Das Hofkanzleiwesen dient seiner ursprünglichen Bestimmung nach der Prüfung der Verfassungsmässigkeit der Erlässe des Monarchen und ihrer Ausfertigung und Authentification. Die Verwirklichung dieser Bestimmung hat zur Voraussetzung, dass der Hofkanzler als Leiter der Hofkanzlei denjenigen Hofbehörden, welche durch ihre Beschlüsse den monarchischen Willen vorbereiten helfen, nicht etwa so gegenübersteht wie der Leiter des Hilfsamts einer Behörde dieser gegenüber, also ihrem Dienstbefehle unterworfen, sondern mit jenem Grade von Selbständigkeit, welcher ihm ermöglicht, seiner Verantwortung gerecht zu werden. Der Hofkanzler ist deshalb befugt und verpflichtet, die Ausfertigung eines ihm durch eine solche Hofbehörde übermittelten Erlasses zu verweigern, wenn sein Inhalt die Verfassung des Landes, für welches der Hofkanzler bestellt ist, verletzt[64]), oder wenn er an der Authenticität des

---

Neben den hinterlassenen geheimen Räthen kommt auch eine hinterlassene geheime Hofkammer vor. Suttinger, a. a. O. S. 68.

[63]) Bidermann, I, S. 36; II, S. 43. Selbst am Wiener Hofe ging man zur Zeit der Bestellung der Kaiserin-Witwe Eleonora zur Stellvertreterin für den abwesenden Thronfolger Karl VI. von der Auffassung aus, dass wann der König nicht in Hungarn oder in denen nächstangrenzenden Ländern sich befinde, der *Palatinus Regni* die Regierung im Königreich Hungarn zu beglaiten habe. Bidermann, a. a. O. II, S. 195, N. 53. Vgl. auch Fellner, a. a. O. S. 282.

[64]) Vgl. den Entwurf einer Hofrathsordnung von 1497 oder 1498 bei Adler, a. a. O. S. 512: „Er (der Hofkanzler) sol auch bei seinem geswornen aide kainen brief, gescheft noch verschreibung, die in ainich weise .... wider der erblichen furstentumben lande und gebiete freyhaiten gewonhaiten oder alt herkomen seyen oder verstanden werden möchten, underschreiben verfertigen noch ausgehen lassen.“ Diese Vorschrift macht keinen Unterschied zwischen der Ausfertigung

Digitized by Google

ihm als monarchischen Willen mitgetheilten Erlasses zu zweifeln Grund hat. [65])

Es ist bereits erwähnt worden, dass die Organisationsvorschriften, welche sich auf die landesfürstlichen Behörden beziehen, zwar für diese und für die Parteien, nicht aber für den Landesfürsten in der Weise verbindlich sind, dass er durch dieselben an der persönlichen und unbeeinflussten Ausübung seiner Gewalten gehindert wäre. Er kann deshalb persönliche Entschliessungen mit Umgehung jener collegialen Hofbehörden hinausgeben, welche durch ihre Verfassung berufen sind, ihn zu berathen. Auch die Ueberprüfung dieser aus der unbeeinflussten monarchischen Entschliessung hervorgegangenen höchsten Erlässe, sowie die Authentification derselben obliegt dem Hofkanzler, mögen sie ihm durch den Monarchen persönlich oder einem Mandatar desselben bekannt gegeben worden sein. [66])

Indess unterscheidet sich der Hofkanzler als Bürge der Verfassungsmässigkeit der monarchischen Anordnungen und Erlässe doch wesentlich von dem Minister des constitutionell-monarchischen Staates dadurch, dass seine Verantwortlichkeit und Gehorsamspflicht nur gegenüber dem Landesfürsten als

---

jener monarchischen Entschliessungen, welche aus dem unbeeinflussten Willen des Monarchen hervorgingen oder nach erfolgter Berathung mit irgend einer der Hofbehörden gefasst wurden. Vgl. auch den ersten Punkt des Majestätsbriefes König Mathias II. von 1611, wonach der böhmische König verpflichtet ist, die Stände gegenüber verfassungswidrigen Decreten der Hofkanzlei *ad integrum* zu restituiren. Elvert, Die Vereinigung der böhmischen Kronländer Böhmen, Mähren und Schlesien zu Einem gemeinschaftlichen Landtage und zu Einer Centralverwaltung, S. 87.

[65]) Auch für die Sicherung dieser Authenticität sieht der in der vorstehenden Anmerkung citirte Entwurf vor.

[66]) Der citirte Entwurf scheidet deshalb folgende von dem Hofkanzler seiner Unterschrift voranzusetzende Authentificationsformeln: *Commissio domini regis in consilio, commissio domini regis propria* und *commissio domini regis propria per dominum N. N.* Nach Buchholtz, 8. Bd., S. 22, sind indess Regierungserlässe Ferdinands I. für die niederösterr. Länder regellos vom Generalschatzmeister oder von einem anderen zufällig von dem Fürsten dem betreffendem Geschäfte zugezogenen Rathe mitgezeichnet worden. Vielleicht diente indess diese Mitfertigung der Authentification und machte jene des Kanzlers behufs Herstellung der verfassungsmässigen Form nicht überflüssig. Bidermann, a. a. O. I, S. 13. zählt jene Gegenstände auf, deren Erledigung nach ungarischem und böhmischem Verfassungsrecht sich im unmittelbaren Verkehr zwischen König und Hofkanzler zu vollziehen hatte.

Digitized by Google

seinem Herrn, nicht gegenüber den Landständen besteht.[67]) Er ist ein von dem Landesfürsten für sich bestellter Moniteur[68]), darum muss er sich dem landesfürstlichen Willen, wenn seine Vorstellung als unbegründet abgelehnt wird, fügen.

Trotz dieser schwächlichen Bürgschaft, welche das Hofkanzleiwesen den Länderverfassungen bietet, gilt dasselbe doch den Ländern, beziehentlich den Landständen als der letzte Hort ihrer Sonderverfassungen, als jene Einrichtung, welche allein noch geeignet ist, gegenüber der centralistischen Politik des Geheimrathes und der Hofkammer die Sonderpersönlichkeit der Kronländer zu sichern und die Verwischung und Vermischung der aus den verschiedenen Verfassungen fliessenden, in einer Hand vereinigten monarchischen Gewalten zu verhüten.[69]) Deshalb knüpfen sich alle Verfassungs-

---

[67]) Vorübergehend auf Grund des Majestätsbriefes von 1611 soll die Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit eines Decretes der böhmischen Hofkanzlei durch den König im Verein mit den Landesofficieren getroffen werden. Elvert, Die Vereinigung der böhmischen Kronländer u. s. w., S. 85, P. 16. Diese Bestimmung trifft keine Vorsorge für den Fall der Uneinigkeit zwischen König und Landesofficieren über das Ergebniss der Prüfung. Die vernewerte Landesordnung Ferdinand II. für Böhmen lässt die böhmische Hofkanzlei als ausschliesslich königliche Behörde erkennen. 1723 erklärt Karl VI. gegenüber den ungarischen Ständen die ungarische Hofkanzlei für ein *dicasterium pure regium*. Bidermann, II, S. 293, N. 128. 1789 bezeichnet sie Izdenczy, ein Staatsrath Josefs II., offenbar ung. Nationalität, gar als *homo principis*, also als Knecht, Dienstmagd des Herrschers. Hock-Bidermann, S. 210.

[68]) Solche Moniteure sind für die damalige Auffassung nichts Ungewöhnliches. So sollen nach einer Verfügung Maximilian I. von 1515 die Tiroler Raiträthe den Kaiser daran erinnern, wenn er sich aus Vergessenheit nicht an die Instruction der Kammer hält. Adler, a. a. O. S. 422, Anm. 3.

[69]) Die Belege für diese Behauptung finden sich allenthalben, und in der ungenügenden Hervorhebung dieser sonderstaatlichen Bestrebungen liegt einer der grössten Mängel der Darstellung von Bidermann's Geschichte der österreichischen Gesammtstaatsidee. Schon auf dem Augsburger Ausschusslandtage von 1510 verlangen die niederösterr. Stände unter Hinweis auf die gleiche Einrichtung für Tirol einen besonderen Hofkanzler für sich. Adler, a. a. O. S. 268, 272. Vgl. ferner Elvert, Zur österreichischen Verwaltungsgeschichte im 24. Bd. der Schriften der hist.-statist. Section der mähr.-schles. Gesellsch. S. 61; Bidermann, a. a. O. I, S. 14, 28, 64 f., N. 54, S. 65, N. 55, S. 86, N. 25, S. 87, N. 26; II, S. 293, N. 128; Fellner, Zur Geschichte der österr. Centralverwaltung im 8. Bd. der Mittheilungen u. s. w., S. 283, 291 ff. Auch die böhmische Hofkanzlei hat mit Sonderstaatsbestrebungen der schlesischen Stände zu

Digitized by Google

kämpfe für die Sonderstaatlichkeit der Länder und alle Concessionen der habsburgischen Herrscher zu Gunsten derselben an das Hofkanzleiwesen. Es bildet sich ganz deutlich der Grundsatz heraus, dass nur die Hofkanzleien verfassungsmässig zuständig seien, Anordnungen des Monarchen, sie mögen nun für die verfassungsmässigen Landesbehörden bestimmt sein oder auch die Unterthanen verbinden wollen, in einer ihre Verbindlichkeit bewirkenden Form auszufertigen und dieser Grundsatz behauptet seine Geltung auch für jene monarchischen Entschliessungen, welche aus Anträgen der ausschliesslich dem absolutistischen Centralismus dienenden Hofbehörden, also z. B. des Geheimrathes, der Hofkammer, hervorgegangen sind.[70]) Es sind ferner trotz der finanzwirthschaftlichen Natur des Gegenstandes

---

kämpfen. Die böhmischen Stände verlangen von Ferdinand I., es sollten königliche, wenn auch nur für die Nebenländer Böhmens bestimmte Erlässe nur von der böhmischen Hofkanzlei und nur unter böhmischem Siegel ausgehen. Ferdinand gesteht dies für Böhmen zu, lehnt es aber, soweit Mähren in Betracht kommt, als die Rechte der mährischen Stände kränkend ab. Buchholtz. II, S. 449. Vgl. hiezu auch Bidermann, I, S. 97, N. 57; Stransky-Cornova, Staat von Böhmen, VII, S. 350, 351; Hammer, Khlesl, III, S. 254 ff.; Elvert, Die Vereinigung der böhmischen Kronländer, S. 30, 33; Gindely, Rudolf II. und seine Zeit, II, S. 345 ff.; Rachfahl, Organisation der Gesammtstaatsverwaltung Schlesiens, S. 422 ff. — 1528 wird Georg von Logschan deutscher Vicekanzler (also Kanzler für die schlesischen Sachen) in der böhmischen Hofkanzlei. Bidermann, a. a. O. I, S. 64, N. 53. Eine Eingabe des böhmischen Vicekanzlers, des Grafen Korženský aus dem Jahre 1748 (Archiv des österr. obersten Gerichtshofes, Fasc. I, Fol. 5 böhmische Hofkanzlei), welche eine lehrreiche Skizze der Entwicklung der böhmischen Hofkanzlei bietet, erörtert die Eventualität, dass die Schlesier mit der Forderung eines besonderen Vicekanzlers wieder hervortreten könnten.

[70]) Bidermann, I, S. 46 ff., S. 48. Die Bedenken der Ungarn, dass die Wiener Hofkammer Einfluss nehme auf rechtsbegründende Verfügungen des ungarischen Königs, wie Privilegienverleihungen, Donationen, beschwichtigt Josef I. damit, dass ja derartige Entschliessungen als Gesetze des Königs und nicht als Hofkammerdecrete hinausgehen. Bidermann, I, S. 129 f., N. 51; II, S. 176, N. 17. Ein a. h. Rescript vom 11. Juli 1741 schreibt vor, dass Patente in Cameralsachen nur auf Anordnung der Hofkanzlei gedruckt und publicirt werden dürfen. Elvert, Zur österr. Finanzgeschichte. 25. Bd. der Schriften der hist.-statist. Section der mähr.-schles. Gesellsch. S. 213. Auch Izdenczy (vgl. oben Anm. 67) glaubt, dass Josef II. die ung. Stände umgehen könne, wofern er sich nur für die Einführung neuer Gesetze der ung. Hofkanzlei bediene; Hock-Bidermann, S. 194.

Digitized by Google

nur die Hofkanzleien, nicht aber ist die Hofkammer zuständig, mit den Landständen über die landesfürstlichen Steuerpostulate zu verhandeln.[71]) Es ist deshalb, was die hier behandelte Epoche betrifft, unstatthaft, davon zu sprechen, dass für die habsburgische Monarchie in der Behördenorganisation das Provinzialsystem gegolten habe. Das hätte zur Voraussetzung, dass die Monarchie ein Einheitsstaat gewesen wäre, hinsichtlich dessen es dem Monarchen frei stand, ihn nach dem Real- oder Provinzialsystem zu regieren. Die Hofkanzleien waren nicht nach dem Provinzialsystem geordnete Regierungsbehörden eines Einheitsstaates, sondern Sonderstaatsbehörden.

Durch ihre doppelte Mission als Hofbeamte des Monarchen und als Organe der Sonderstaatsverfassungen gerathen die Hofkanzler in eine eigenthümliche Doppelstellung gegenüber dem Principe des Centralismus und des Particularismus. Einerseits entrückt sie von dem Zeitpunkte an, in welchem Wien zur dauernden Residenz des Monarchen wird, die Hofluft dem Banne des Provinzialismus, sie werden in einem gewissen Grade entnationalisirt.[72]) Andererseits macht sich doch wieder im Kampfe der Sonderinteressen der habsburgischen Staaten gegen einander ihre organische Bestimmung in einer für die centralistische Politik empfindlichen Weise geltend.[73]) Deshalb sind die Hofkanzler den Ständen zu centralistisch[74]) und absoluti-

[71]) Bidermann, II, S. 98, N. 19, S. 100, N. 20.

[72]) In dem Anm. 69 erwähnten Actenfascikel findet sich eine Vorstellung des obersten böhmischen (!) Hofkanzlers, des Grafen Franz Ferdinand Kinsky vom 15. October 1723, gerichtet an Karl VI. wegen Vermehrung des Personalstandes der böhmischen Hofkanzlei. In derselben wird von der Entlastung der Hofkanzlei mittels Bestellung von Untersuchungscommissären aus dem landsässigen Adel abgerathen. Denn solche einheimische Adelige verständen es nicht, den kaiserlichen Dienst mit dem Wohlsein der Länder zu combiniren und liessen sich allein von *principiis domesticis* leiten, während vom Hof unmittelbar ausgehende Commissäre vorzugsweise darauf bedacht sein würden, sich die Güte des Kaisers zu verdienen und nicht so sehr durch grosse Connexion und Verbindungen beeinflusst seien. Eine für Kaiser Josef I. als Kronprinzen ausgearbeitete Erziehungsschrift hebt die günstige Wirkung des Hofdienstes für die Herstellung einer Interessengemeinschaft zwischen Kaiser und Adel hervor. Bidermann, I, S. 126, N. 48.

[73]) Bidermann, I, S. 108, N. 9, S. 109, N. 12, S. 119, N. 33.

[74]) Elvert, Die Vereinigung u. s. w., S. 33.

Digitized by Google

stisch, den Herrschern zu ständisch und zu particularistisch.[75])

Das Hofkanzleiwesen in den Länderstaaten der habsburgischen Monarchie zeigt uns folgende Entwicklung. Schon das Innsbrucker Libell sieht eine aus staatsrechtlichen Gesichtspunkten hervorgehende Sonderung des Ausfertigungswesens innerhalb der einheitlichen für das Reich und die österreichischen Erbländer errichteten Hofkanzlei vor durch Aufstellung je eines Secretärs für das Reich, für die niederösterreichische und für die oberösterreichische Ländergruppe, welcher zur Vertretung des Hofkanzlers in dessen Abwesenheit für seine Ländergruppe befugt ist, ferner durch die Vorschrift einer besonderen Form der Siegelung und der Ausfertigung für jedes der drei genannten Territorien.[76]) Die älteren Hofkanzleiordnungen Ferdinands I. zeigen uns das in grossem Massstabe angelegte und centralisirte Hofkanzleiwesen in folgender Gestalt: Es besteht ein Secretär zusammen für das Reich und die ober- und vorderösterreichische Gruppe, je einer für die niederösterreichi-

---

[75]) Der Hofkammersecretär Johann Christian Borschek(?) gibt in einer in Riegger's Materialien zur Statistik von Böhmen, 6. Heft, S. 183 f., mitgetheilten, um das Jahr 1720 entstandenen Denkschrift: Erinnerungen über das Steuerwesen in den k. k. Erbländern, der Ansicht Ausdruck, dass der Particularismus der Hofkanzleien der nöthigen Reform des Contributionswesens die grössten Hindernisse bereite. Bekannt sind die von Arneth im 47. Bd des Archivs für österr. Geschichtsforschung mitgetheilten zwei Denkschriften Maria Theresias als eindringliche Anklageschriften gegen diesen Particularismus. Welch unhaltbare Zustände auf dem Gebiete der internationalen Rechtshilfe innerhalb der habsburgischen Monarchie infolge der durch die Hofkanzleien geförderten Sonderstaatsbestrebungen noch unter Karl VI. bestanden, darüber vgl. Bidermann, II, S. 74. Vgl. ferner, ebenda II, S. 331, N. 248. Uebrigens steht es im Punkte des Particularismus auch in den deutschen Ländern nicht besser. Ueber die grosse Unlust der Tiroler, insbesondere im Interesse des Gesammtreichs Opfer auf sich zu nehmen, bieten die Daten bei Bidermann, II, S. 50, 76, S. 94, N. 17, S. 99, N. 19, S. 116, N. 12, S. 130, N. 32, S. 260 ff., N. 84, S. 353, N. 260, höchst interessante Aufschlüsse. Nicht mit Unrecht bildet sich die Ansicht heraus, dass Tirol unter den habsburgischen Ländern eine favorisirte Stellung einnehme. Bidermann, I, S. 147, N. 92; II, S. 140, N. 64, S. 164, N. 90, S. 309, N. 201. Zuweilen erweisen sich die nichtdeutschen Länder der Monarchie opferfähiger als die deutschen. Bidermann, II, S. 76, S. 100, N. 20, S. 139, N. 63, S. 140, N. 64. Auch im Verhältniss der deutschen Länder unter einander macht sich starker Separatismus geltend. Bidermann, II, S. 165 f., N. 96, S. 319, N. 230.

[76]) Kärnthn. Landhandf., S. 114.

Digitized by Google

sche Gruppe, für die böhmischen, ungarischen, spanischen Angelegenheiten. Mit diesem Territorialprincip ist das Realprincip insoferne combinirt, als je ein Secretär für alle Ausfertigungen in lateinischer Sprache und in Justizsachen besteht.[77]) Die Hofkanzleiordnung von 1559 bedeutet aber dem Geiste der im selben Jahre erlassenen Hofrathsordnung entsprechend eine vollständige Wiederherstellung des Territorialprincips durch Errichtung besonderer Abtheilungen für das Reich, die deutschen Erbländer, Böhmen und Ungarn.[78]) Bezüglich Böhmens und Ungarns kann wohl mit Sicherheit behauptet werden, dass die von Ferdinand I. geschaffene Organisation des Hofkanzleiwesens für diese Länder nicht die gleiche Bedeutung hatte wie für das deutsche Reich. Böhmen und Ungarn hatten verfassungsmässig ihre eigene Hofkanzlei, ihren eigenen Hofkanzler. Es kann deshalb das Verhältniss der ungarischen und böhmischen Abtheilung in der allgemeinen Hofkanzlei von 1559 zu Ungarn und Böhmen kein anderes gewesen sein als das eines geheimen Cabinetssecretariates für ungarische und böhmische Angelegenheiten, durch welches die verfassungsmässigen Competenzen des ungarischen und böhmischen nicht berührt werden konnten[79]) und welches aus dem Grunde nothwendig erschien,

[77]) Rosenthal, a. a. O. S. 47 ff.

[78]) A. a. O. S. 50. Vgl. Anm. 17, 23 oben.

[79]) Angedeutet wird dies schon von Rosenthal, a. a. O. S. 49 und sogar von Bidermann selbst a. a. O. I, S. 13, Abs. 2. Die Mittheilungen bei Rachfahl und bei Buchholtz, II, S. 448, lassen erkennen, wie sehr Bidermann, a. a. O. I, S. 31, letzter Abs., über die politische Bedeutung der von Ferdinand I. geschaffenen centralen Hofkanzlei die verfassungsmässige Bedeutung der böhmischen Hofkanzlei übersieht. Vgl. auch Huber, Geschichte der österr. Verwaltungsorganisation bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts, S. 12. Es ist kein blosser Zufall, dass die Leiter der ungarischen und böhmischen Abtheilung dieser centralen Hofkanzlei nur den Titel Vicekanzler führen, denn die Hofkanzler sind die im Lande befindlichen Landeskanzler. Auch die spätere österreichische Hofkanzlei gelangt in das Verhältniss einer geheimen Cabinetskanzlei — daher ihr Name österreichische geheime Hofkanzlei (Bidermann, II, S. 9, 84) — zu den übrigen Hofkanzleien, ohne dadurch zu einer vorgesetzten Dienstbehörde derselben zu werden. Diese ihre Function fliesst zusammen mit ihrer Bestimmung, die Interessen des kaiserlichen Hauses als solchen zu wahren. Der österreichische Hofkanzler spielt vom Stand-

Digitized by Google

weil unter Ferdinand I. der ungarische und böhmische Hofkanzler noch im Lande blieben und sich nicht am Hofe des Königs befanden. Freilich war gerade hiedurch die Gefahr einer Verwirrung über das Verhältniss der Reichshofkanzlei zur ungarischen und böhmischen Hofkanzlei gegeben. Deshalb sichern sich

punkte der feudalen Staatsauffassung, welche den Monarchen und die Stände in Betreff der Steuerpostulate wie zwei internationale Vertragsmächte gegenüberstellt, neben anderen Hofwürdenträgern öfters die Rolle eines Botschafters des Monarchen auf den Landtagen der verschiedenen unter seinem Scepter vereinigten Staaten (Bidermann, I, S. 70, N. 74; S. 104, N. 81; S. 150, N. 105, S. 43; S. 117, N. 32; S. 118, N. 33; II. S. 132, N. 38, auch I, S. 146, N. 91; II, S. 292, N. 121; Fellner im 15. Bd. der Mitth. des Institutes für österr. Geschichte, S. 521) und die österreichische Hofkanzlei übermittelt bedeutsame, aus der Initiative des Monarchen hervorgegangene Staatsacte an die Hofkanzleien und die Stände der einzelnen Staaten (Bidermann, I, S. 43, S. 70, N. 74, S. 116 f., N. 29, S. 133, N. 59; II, S. 196, N. 53, S. 46). Aehnlich nun hat man sich die Stellung der centralen Hofkanzlei Ferdinands I. zu den nationalen Hofkanzleien und den Ständen der verschiedenen Staaten zu denken (a. a. O. I, S. 65, N. 55, S. 95, N. 53, S. 14, 16, S. 64, N. 51, 53, S. 91, N. 41). Zutreffend bezeichnet eine Depesche des englischen Botschafters Stepny am österreichischen Hofe vom Jahre 1705 die österreichische Hofkanzlei als diejenige Hofstelle, welche die politischen Interessen des Hauses Habsburg zu wahren hat, also als Ministerium des kaiserlichen Hauses (a. a. O. II, S. 107, N. 3, S. 18); vgl. hiezu auch Hanke, Die geschichtlichen Grundlagen des Monarchenrechts, S. 118 ff. Dass aber die österreichische Hofkanzlei trotz alledem verfassungsmässig nur Vermittlerin der monarchischen Entschliessungen der übrigen Hofkanzleien, nicht aber eine ihnen vorgesetzte Dienstbehörde war, beweist unter Anderem das Begleitschreiben, mittels dessen die österreichische Hofkanzlei eine durch die Wiener Hofkammer angeregte Resolution des Monarchen vom Jahre 1709 an die ungarische Hofkanzlei leitet. Das Schreiben beginnt mit der offenbar schablonenhaften Formel: *Sacrae Caes. Regiaeque Majestatis Domini Nostri Clementissimi Nomine ejusdem Cancellariae Regiae Hungarico Aulicae hisce benigne insinuatur* (Bidermann, II, S. 132, Anm. 37). Das deutet nicht auf ein Ueberordnungsverhältniss hin. Vgl. noch Bidermann, I. S. 45, 119, N. 34, S. 130, N. 51. Es darf auch nicht übersehen werden, dass den ungarischen Ständen die Form des Verkehrs zwischen König und Landtag durch den österreichischen Hofkanzler als Botschafter vom Standpunkte ihrer Verfassung durchaus nicht unbedenklich erschien und dass sie, um demselben eine verfassungsmässige Grundlage zu bieten, zur Verleihung des ungarischen Indigenats an die zum Landtag abgesandten österreichischen Hofkanzler schritten. Bidermann, I, S. 117, N. 32, S. 118, N. 33. So allein ist diese Indigenatsverleihung zu erklären nicht, wie Bidermann, I, S. 117, N. 32, annimmt, damit, dass die Ungarn die Delegirung Fremder zu ihren Landtagen nicht für illegitim angesehen hätten. Denn unter Karl VI. muss sich der des ungarischen Indigenats entbehrende Vertreter des Königs auf dem Land-

Digitized by Google

schon 1567 [80]) die Ungarn die im Gesetzartikel 40 enthaltene Anerkennung des Grundsatzes, dass alle aus der *Cancellaria Germanica* hervorgehenden Mandate für das Land unverbindlich seien, sowie die Anerkennung der Forderung, *ut literae illae, quae ex aula Majestatis Suae expediendae erunt, in Hungariam, in negotiis jura et libertates Regni pure et simpliciter concernentibus non aliunde quam ex Hungarica Cancellaria expediantur et hujus modi Literae ab omnibus cum debita reverentia recipiantur* und der G. A. 39 vom Jahre 1569 sichert fast mit den gleichen Worten die verfassungsmässige Form der Ausübung der königlichen Gewalt durch die Vorschrift gehöriger Ausfertigung der für das Land verbindlichen Anordnungen seitens der ungarischen Hofkanzlei.

---

tage mit einem Credentiale der ungarischen Hofkanzlei ausweisen und zum Schlusse seiner Regierung hört eine derartige Vertretung des Königs auf den Landtagen überhaupt auf. Bidermann, II, S. 358, N. 272 u. 275, S. 77. In ähnlicher Weise glichen die Tiroler, welche in der Empfindlichkeit für die Wahrung ihrer Verfassung den Ungarn am nächsten stehen, den Mangel der Bestellung eines besonderen, des tirolischen Indigenats entbehrenden Hofkanzlers für ihr Land durch Verleihung desselben an jeden österreichischen nichttirolischen Hofkanzler aus. Bidermann, I, S. 143, N. 85. Vgl. auch noch Fellner, Zur Geschichte der österreichischen Centralverwaltung, a. a. O. S. 274, 278 f., 290 f. und im 15. Bd. der Mittheilungen des Institutes für österr. Geschichtsforschung, S. 520.

[80]) Bidermann, I, S. 86, N. 25, S. 87, N. 26, S. 91, N. 41, S. 37, 104, N. 82, S. 45, 129, N. 51; II, S. 1, 5. Der Kampf um die verfassungsmässige Ausfertigung der für Ungarn bestimmten verbindlichen Anordnungen des Königs durch die ungarische Hofkanzlei beginnt indess schon 1559, a. a. O. I, S. 64 f., N. 54, S. 65, N. 55 Auch hier helfen sich die Ungarn zuweilen durch Verleihung des Indigenats an die ungarische Regierungserlässe contrasignirenden Fremden. Trotz alledem kennzeichnet Bidermann, I, S. 64, N. 54, den Kampf der Ungarn um ihre Hofkanzlei dahin, dass es sich hiebei mehr um formelle Bedenken (!) als um meritorische Beschwerden gehandelt hätte, anstatt zuzugestehen, dass die Ungarn mit grosser Zähigkeit ihre meritorischen Beschwerden gegen die verfassungswidrige Form der Ausfertigung königlicher Erlässe immer wieder vorgebracht haben. In dieser Zeit der Regsamkeit des Verfassungslebens geben die ung. Stände keine Ruhe vor Zurücknahme des verfassungswidrigen Acts, nicht aber beruhigen sie sich (wie gegenüber der Annahme des Kaisertitels durch Franz II. für den vereinigten österreichischen Staatskörper) mit der Unverbindlichkeit des Acts oder gar mit der Vertretung ihrer Verfassung durch den centralistischen Kronrath. Dies gegen die pamphletistischen wider mich gerichteten Angriffe von J. Sch. im Pester Lloyd Nr. 239, 252: 1897.

Digitized by Google

Die in der böhmischen Verfassung vorgesehene — somit eine landesverfassungsmässige Einrichtung bildende — Hofkanzlei gelangt nach Ueberwindung der gegen ihre centralistische Organisation gerichteten Bestrebungen der mährischen und schlesischen Stände und nach Vernichtung des den böhmischen Ständen durch den Majestätsbrief des Kaisers Mathias 1611 gegenüber der Hofkanzlei eingeräumten verfassungsmässigen Controlrechts mittels der vernewerten Landesordnung Ferdinands II. vom Jahre 1627 in die ganz gleiche Stellung zum böhmischen König, in welcher sich bereits die österreichische Hofkanzlei gegenüber dem Landesfürsten befand. Sie ist fortan eine streng königliche, der ständischen Controle entrückte Hofbehörde.[81])

Diese österreichische Hofkanzlei hatte Ferdinand II. schon 1620 durch Abtrennung der österreichischen Sachen von der Reichshofkanzlei gebildet. Sie besass mindestens seit 1620 ein besonderes Departement für die 1619 zugewachsenen innerösterreichischen Angelegenheiten, eine Einrichtung, die aus der vorher auch für die österreichischen Erbländer bestandenen Reichshofkanzlei herübergenommen worden war.[82]) Nach diesem Vorbilde errichtet Leopold I. dann 1665 für die nunmehr gleichfalls mit dem Stammlande wieder vereinigte oberösterreichische Ländergruppe eine oberösterreichische Hofkanzlei als Abtheilung der allgemeinen österreichischen, welche scheidbar bis zum Jahre 1720 erhalten bleibt und zum Unterschiede von der Hofkanzlei des noch von der Trennung herrührenden oberösterreichischen Geheimraths in Innsbruck die Wienerische oberösterreichische oder die heruntrige, druntige Hofkanzlei oder auch die geheime tyrolische Kanzlei in Wien heisst.[83]) Von 1667 an bezieht auch der österreichische Hof-

[81]) Fol. 187 f.

[82]) Bidermann, I, S. 35, 99, N. 65, S. 24, 142, N. 85, S. 43; II, S. 1 f., S. 86, N. 4. Fellner im 15. Bd. der Mittheilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, S. 521. Zugleich mit der Errichtung der österr. Hofkanzlei scheint auch eine besondere Kanzlei für den Geheimrath geschaffen worden zu sein. Denn der *Status Regiminis* erwähnt neben der *Expeditio Aulico-Austriaca* noch eine *Expeditio consilii secretioris*. Später berichtet Esaias Pufendorf von einer unter Leopold I. bestandenen geheimen Expedition. Bidermann, a. a. O. I, S. 115, N. 24.

[83]) Vgl. Anm. 82 und Bidermann, I, S. 48, ferner desselben Geschichte der landesfürstlichen Behörden in und für Tirol von 1490—1749. Die Organisation

Digitized by Google

kanzler als oberösterreichischer eine Zulage von der Tiroler Landschaft und zeichnet auch als solcher die Erlässe für die oberösterreichische Gruppe.[84]) Alle diese Thatsachen sind beredte Zeugnisse dafür, wie gerade das Hofkanzlei- und das hiemit verbundene Ausfertigungswesen benützt wurde, um dem Sonderstaatsrecht der einzelnen Länder, wenn auch nur in der Form und unbeschadet der Gleichartigkeit der Grundsätze der Gesetzgebung und Regierung in allen diesen Ländern Zugeständnisse zu machen. Die Sonderung des Kanzleiwesens für die deutsch-österreichischen Länder von jenem für das deutsche Reich bedeutet eine Weiterführung jener Scheidung, welche bereits in der Hofrathsordnung von 1559 zwischen Reichsangelegenheiten und österreichischen Angelegenheiten gezogen war und welche durch den immer grösser werdenden Umfang der österreichischen Agenden nöthig gemacht wurde, zumal die Hofkanzler mit ihren Gehilfen naturgemäss berufen erschienen, die Landessachen für den Zweck ihrer weiteren Behandlung bei Hofe zu bearbeiten und ihre Vorschläge im Geheimrath zu vertreten. Wenn nicht zugleich schon für die österreichischen Länder ein besonderer Hofrath errichtet wurde, so werden wir den Grund hiefür in der Finanzlage der Monarchie suchen müssen. War einmal für die angemessene Vorbereitung der Erledigung vom Standpunkte der österreichischen Interessen durch den Bestand einer besonderen österreichischen Hofkanzlei gesorgt und sicherte dieser Bestand eine strenge staatsrechtliche Scheidung zwischen deutschen und

---

der österr. Hofkanzlei stellt sich von Leopold I. an folgendermassen dar: Es besteht für die niederösterr., innerösterr. und oberösterr. Ländergruppe je eine besondere Abtheilung (a. a. O. I, S. 142, N. 85). Allen diesen in getrennten Localitäten (a. a. O. I, S. 143, N. 85) amtirenden Abtheilungen steht der österreichische Hofkanzler als Hofkanzler für jede der drei Ländergruppen vor. Der Schein einer Personalunion dreier verschiedener verfassungsmässiger Competenzen wird gewahrt durch Dotirung des Hofkanzlers aus Beiträgen jeder der drei Gruppen (a. a. O. I, S. 116, N. 28), durch Bestellung eines besonderen von ihr dotirten Referendars für jede derselben (a. a. O. I, S. 116, N. 27, S. 141, N. 82; II, S. 86, N. 4), durch die Formvorschrift, dass jedes Hofdecret ausser von dem Hofkanzler auch von dem Referendar jener Ländergruppe gegengezeichnet sein muss, für welche es bestimmt ist, und dass der für jede Gruppe bestellte Referendar für diese den abwesenden Hofkanzler in der Signatur vertreten kann (a. a. O. I, S. 143, N. 86; II, S. 86, N. 3).

[84]) A. a. O. I, S. 116, N. 28.

Digitized by Google

Reichsangelegenheiten, so glaubte man für die collegiale Berathung der deutsch-österreichischen Angelegenheiten bis auf Weiteres sich noch des Reichshofrathes bedienen zu können, zumal den Ausschlag in wichtigen Dingen doch nur der Geheimrath oder die Männer des persönlichen Vertrauens des Monarchen gaben. Wenigstens bestärkt das Schicksal der böhmischen Hofkanzlei diese Vermuthung. Denn diese soll schon nach der vernewerten Landesordnung das höchste Justiz- und Regierungscollegium für die Länder der böhmischen Krone sein.[85]) Trotzdem behilft man sich bis zum Jahre 1719 mit den verschiedenartigsten Auskunftsmitteln, um dem Mangel einer gesetzmässigen collegialen Besetzung abzuhelfen[86]) und selbst die im Jahre 1719 endlich verwirklichte collegiale Organisation hat noch mit bedeutenden finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen.[87])

[85]) Fol. 187 f.

[86]) Vgl. oben Anm. 23. Der *Status Regiminis*, S. 84, berichtet über die Behandlung böhmischer Angelegenheiten bei Hofe: *Consilium Aulico Bohemicum, licet formatum consilium ut reliqua non esse videatur, quoniam in eo ordinarie saltem sunt Cancellarius, Vicecancellarius et Secretarius ac de caetero regimen Locum tenenti supremisque officialibus Regni Pragae commissum est, nihilominus tamen variae Supplicationes et libelli memoriales, res feudales, feuda vexillifera, immunitates, confirmationes et extensiones Privilegiorum concernentes ad Cancellariam Aulico-Bohemicam tam ex urbe quam ex agro deferuntur ac postea omnia in Cancellaria Aulica expediuntur.* Danach entbehrt damals die böhmische Hofkanzlei als böhmischer Hofrath noch jeder eigenen collegialen Organisation und erledigt wesentlich nur *actes de voie gracieuse.* Wenn *aliquid momentosi in Aula accidit et contingit, Consilium Bohemicum nunc apud Dom. Vicecancellarium Imperii, Baronem Stralendorf, celebratur, in quem finem, quoniam hoc tempore plurimae et quidem hand parvi momenti res Bohemicae Regnum, hujusque incorporatas Provincias attinentes, deliberandae et resolvendae occurrunt (quae alias solis Bohemicis Consiliariis nimis difficilis et graves forent), Caes. Majestas praeter dictos Consiliarios Bohemicos, nonnullos adhuc alios ex Consilio Imperiali Aulico deputavit.* Es besteht also anstatt einer verfassungsgemäss durch die vernewerte Landesordnung geforderten festen und collegialen Organisation der böhmischen Hofkanzlei für die Behandlung aller wichtigen Angelegenheiten ein von Fall zu Fall gebildetes Rathscollegium, an welchem nebst den Räthen der Hofkanzlei andere Vertrauensmänner des Königs — nicht nothwendig Böhmen — theilnahmen. Diese Einrichtung gestattet einen Rückschluss auf die Form der Behandlung österreichischer, böhmischer und ungarischer Angelegenheiten unter Ferdinand I. und seinen nächsten Nachfolgern durch den Reichshofrath.

[87]) Vgl. oben Anm. 72. Die böhmischen Stände bezeugten kein grosses Interesse für die ausreichende Besetzung einer am Hofe befindlichen Hofkanzlei.

Digitized by Google

Man hat sich also bis zum Jahre 1720 die Thätigkeit der Hofkanzleien so vorzustellen, dass sie die in das Gebiet der inneren Verwaltung, des Contributions- und des Justizwesens ihrer Länder bezüglichen Geschäftsstücke, sei es — und zwar in minder wichtigen Sachen — für die unmittelbare Erledigung durch den Kaiser, oder sei es für den Zweck der Berathung im centralen Kronrathe in seinen verschiedenen Gestaltungen zu bearbeiten, die kaiserliche Erledigung auszufertigen und an die verfassungsmässigen Landesbehörden zu übermitteln hatten. Nur Interlocute und dienstliche Verfügungen zur Ausführung der kaiserlichen Entschliessungen und der Ueberwachung derselben können sie von sich aus ergehen lassen.[88]) Allein die Referats-, Promulgations- und Expeditionsthätigkeit der Hofkanzleien ist wegen ihrer Bestimmung, den sonderstaatlichen Charakter in den Entschliessungen der habsburgischen Herrscher zum scharfen Ausdruck zu bringen, eine universelle. Sie erstreckt sich also auch auf das ständischer Bewilligung unterliegende, somit eine ausgesprochene Landesangelegenheit bildende Steuerwesen. So bewilligt der böhmische Landtag von 1652 dem Könige eine Tranksteuer unter der beigesetzten Bedingung, dass den mit der Execution ungebührlich und unbefugtermassen übereilten Landesinwohnern wegen der begehenden Excesse und zugefügten Schäden die königlichen Deputirten selbst, diesen hingegen die Unterdeputirten Satisfaction zu leisten haben und dass ferner dergleichen Beschwerden nirgends anders als bei der Hof- oder in Abwesenheit

[88]) Höchst instructiv für den Lauf eines Geschäftsstückes und für das Verhältniss von Hofkanzlei und Geheimrath ist das Citat aus einer *Instructio Cancellariae Hungarico-Transylvanico-Aulicae* von 1726 bei Bidermann, II, S. 293, N. 128. S. 72 des *Status regiminis* (1635) heisst es selbst vom *Consilium imperiale*, dass *in omnibus* die *ratificatio Caesarea* zu gewärtigen sei. *Atque ex his patet, omnia ante expeditionem prius ad Sacram Caesaream Majestatem pervenire, exceptis rebus minimis, quae a Praeside consilii (i. e. Vicecancellario) maximam partem ex officio concedi possunt.* Aehnlich schreibt die unten im Texte angeführte Instruction vom Jahre 1666 oder 1667 für die österr. Hofkanzlei die Bestätigung ihrer Erledigungen durch den Kaiser auch für jene minder wichtigen Sachen vor, welche den Geheimrath nicht zu passiren haben. Nach dem P. 7 des Majestätsbriefes Mathias II. von 1611 sollen Befehle nach Mähren nur vom König ausgehen. Elvert, a. a. O. S. 88.

Digitized by Google

S. M. bei der hiesigen Statthaltereikanzley untersucht, nicht aber wider ihre Privilegien zu der kaiserlichen Hofkammer gezogen werden.[89]) Das kann nun nicht die Wirkung haben, dass der Monarch sich des Rathes der Hofkammer als Verwalterin seiner Einkünfte überhaupt nicht bedienen darf; nur die Einreichungsstelle und die referirende und ausfertigende Behörde soll die Hofkanzlei sein und die Enderledigung soll nicht durch die Hofkammer, sondern durch die Hofkanzlei als höchste Landesbehörde verlautbart werden. So erklärt es sich auch, dass unter Josef I. die bis dahin vom Hofkriegsrathe und der Hofkammer unabhängigen militärischen und Finanzbehörden Inner- und Oberösterreichs dem Versuche ihrer Unterordnung unter diese Behörden mit grosser Hartnäckigkeit den sonderstaatlichen Standpunkt entgegensetzen, dass ihnen Entschliessungen des Monarchen verfassungsmässig nur durch die österreichische Hofkanzlei als Hofkanzlei dieser Ländergruppen übermittelt werden dürften.[90])

Die oben erwähnte Stelle aus dem *Status Regiminis* lässt uns die deutsche Hofkanzlei noch im Jahre 1635 als eine bureaukratisch organisirte Behörde erkennen. Die ersten Nachrichten von einem Uebergange dieser Verfassung zur collegialen und zur Umgestaltung in ein Hofrathscollegium knüpfen an die österreichische Hofkanzlei an und stammen aus dem Jahre

[89]) Riegger's Materialien zur alten und neuen Statistik von Böhmen, 11. Heft, Miscellen, S. 107; Kries, Historische Entwicklung der Steuerverfassung Schlesiens, S. 65, Anm. 4. Es wollten also die böhmischen Stände von einer nach aussen hervortretenden Wirksamkeit der Hofkammer in Sachen der Finanzrechtspflege nichts wissen.

[90]) Bidermann, a. a. O. I, S. 33, 46 ff., 48, 140, N. 81; II, S. 293, N. 128. Deshalb bedürfen Requisitorien der nicht verfassungsmässigen Centralbehörden beim Hofe, z. B. der Hofkammer, des Hofkriegsrathes, an die verfassungsmässigen Ländercentralstellen der Vermittlung durch die den letzteren vorgesetzte Hofkanzlei. Bidermann, I, S. 114, N. 23; II, S. 2 f., S. 90, N. 13, S. 131, N. 35, S. 183, N. 42, S. 285, N. 111. Der Fall a. a. O. II, S. 60 bildet keine Ausnahme, er ist vielmehr in der hier Anm. 79 näher ausgeführten Weise zu erklären. Dass militärische Instructionen oder Armeebefehle seit der Centralisation des Heereswesens nicht mehr die Contrasignatur eines Hofkanzlers tragen (a. a. O. II, S. 150 f., S. 306, N. 187, *Codex Austr.* III, S. 734), erklärt sich daraus, dass die centralisirte stehende Armee in keinem Lande landesverfassungsmässige Einrichtung ist. Bidermann, II, S. 290, N. 118.

Digitized by Google

1654.[91]) Eine aus dem Jahre 1666 oder 1667 stammende Instruction[92]) ordnet an, dass minder wichtige Angelegenheiten im Hofkanzleigremium zur Abstimmung zu bringen und dass der *per majora* gefasste Beschluss dem Kaiser zur Bestätigung vorzulegen sei. Indess ist nicht nur, wie diese Mittheilung beweist, die Beschlusscompetenz, sondern auch die Besetzung der österreichischen Hofkanzlei um diese Zeit eine so dürftige, dass 1665 und 1669 eigene Revisionscommissionen zur Bearbeitung der bei der österreichischen Hofkanzlei anhängigen Revisionssachen bestellt werden müssen.[93]) Es darf deshalb die historisch bezeugte grosse politische Bedeutung der österreichischen Hofkanzlei unter Ferdinand III. nicht auf ihre collegiale Organisation, sondern nur auf die Persönlichkeit des Hofkanzlers zurückgeführt werden.

Von weittragender und folgenreicher Bedeutung für die fernere Entwicklung der habsburgischen Monarchie ist die von Karl VI. geschaffene, auf die Dauer berechnete Organisation der böhmischen wie der österreichischen Hofkanzlei auf collegialer Grundlage, beziehentlich die Ausgestaltung der beiden Hofkanzleien zu obersten Gerichtshöfen und Regierungscollegien in solcher Weise, dass sie fortan mit derselben sachlichen Competenz wie der ehemalige Hofrath fungiren und dass die Bezeichnung Hofkanzlei nunmehr eine auf die neu geformten Behörden nicht passende, nur historisch erklärbare wird. Für Böhmen bedeutet aber diese Organisation wesentlich nur Herstellung des nach Massgabe der vernewerten Landesordnung verfassungsmässigen Zustandes, und es wird hierauf auch in der Instruction für die böhmische Hofkanzlei Bezug genommen.[94]) Freilich muss dieser Behauptung

---

[91]) Hintze, Der österr. Staatsrath im 16. und 17. Jahrhundert. 8. Bd. der Savigny'schen Zeitschrift, S. 155 ff. Die Initiative hiezu ging vom österr. Hofkanzler Prickhelmayer aus.

[92]) Bidermann, a. a. O. I, S. 141, N. 82.

[93]) *Cod. Austr.* II, S. 251, §. 10; III, S. 155. Dieses für die Rechtspflege ungünstige Verhältniss besteht sogar noch unter Maria Theresia.

[94]) Deshalb ist an der Anm. 86 citirten Stelle des *Status regiminis* von einem *Consilium Aulico-Bohemicum*, einem böhmischen Hofrath, die Rede. Bidermann theilt I, S. 22, ohne nähere Angabe des Beginnes dieser Uebung mit, dass in den Staatsschematismen bis 1749, also bis zur Aufhebung der böhmischen Hofkanzlei, die Bezeichnung königlich böhmischer Hofrath und

Digitized by Google

der Vorbehalt beigefügt werden, dass in der vernewerten Landesordnung Wien als Sitz der böhmischen Hofkanzlei nicht vorgesehen ist. Die Instruction für die letztere Hofkanzlei ist vom 26. April 1719, die ihr zum Theil nachgebildete für die österreichische Hofkanzlei vom 26. März 1720.[95])

Die innere Organisation beruht auf der Anwendung der von Ferdinand I. für die Regierungen aufgestellten Scheidung der Beschlussangelegenheiten in Sachen der *justicia* und der Regierung[96]) und auf der Weiterentwicklung der von Josef I. im Jahre 1705 für die österreichische Hofkanzlei getroffenen Einrichtung, der zufolge für die Leitung der *Publica* und *juridica* derselben je ein besonderer, zunächst für die Bearbeitung der Angelegenheiten seines Ressorts berufener Hofkanzler bestehen sollte, während die hinausgehenden Erledigungen zum Zeichen der Einheitlichkeit der Behörde trotz dieser Trennung der Ressorts von beiden Hofkanzlern collectiv zu zeichnen waren.[97]) Der Gegensatz von *justicia* und Regierung kehrt in beiden Instructionen unter folgenden Bezeichnungen wieder: In der böhmischen heisst er Justiz — *Politica, Provincialia, Militaria, Commercialia* und andere den *statum* betreffende Sachen oder: *Privata, mere privata — Publica, mere publica.*[98]) In der österreichischen: Justizsachen — Sachen des allerhöchsten Dienstes, Staatssachen oder: *Privata — Publica* mit der Unterscheidung der *Publica* in die *provincialia* und das *publicum extrin-*

Kanzlei für dieselbe gewählt wird. Auch die ungarische Hofkanzlei heisst lateinisch *Consilium Hungarico Aulicum.* A. a. O. II, S. 293, N. 128. Von österreichischen, ungarischen und böhmischen Hofräthen ist übrigens bereits in der Reichshofrathsordnung von 1559 die Rede.

[95]) Ein Exemplar der böhmischen Hofkanzleiordnung findet sich mit anderen werthvollen, ihr Verständniss erleichternden Acten in dem bereits erwähnten Actenfascikel mit der Bezeichnung „Fasc. 1, Fol. 5 böhmische Hofkanzlei" des Archivs des österreichischen obersten Gerichthofes, ein Exemplar der österreichischen im Archive des k. k. Ministeriums des Innern im Act. 25 vom Jahre 1720, N. Oe. III, A. 2. Zum Theile finden sich beide Instructionen in Maassburg's Geschichte der obersten Justizstelle abgedruckt.

[96]) Vgl. oben §. 3, Anm. 49.

[97]) Bidermann, II, S. 9, 107, N. 3.

[98]) Zu den *mere Publica* gehören Reichs-, Regenspurgische, Comitial-Königliche Land- und Fürstentags- (Schlesien), Contributions-, Kriegs-, Provincial- und Commercial- wie auch *pure gratial*-Sachen, Standeserhöhungen und Diplomatica, Angelegenheiten der Religion in Schlesien, der Ritterakademie in Lieg-

Digitized by Google

secum. Was die *Publica* betrifft, so hat die Ablösung der *pure Cameralia* und der reinen Militärverwaltung von der österreichischen Hofkanzlei, welche Angelegenheiten sie als Hofkanzlei der inner- und der oberösterreichischen Gruppe im Zeitpunkte der Wiedervereinigung derselben mit dem Stammlande unter Ferdinand II. und Leopold I. überkommen hatte, und der Uebergang dieser Competenzen an die Hofkammer beziehentlich den Hofkriegsrath bereits 1705 unter Josef I. stattgefunden.[99])

Der hier angeführten Ressorttheilung entsprechend soll bei jeder der beiden Hofkanzleien ein besonderer Senat für jedes Ressort gebildet werden, somit in der böhmischen ein *senatus judicialis* und ein *senatus Publicorum;* in der österreichischen ein *senatus pro judicialibus,* einer *pro provincialibus* und ausserdem sollen in der österr. Hofkanzlei von diesen beiden Senaten geschieden wie bisher unter der Leitung des ersten Kanzlers alle Haus-fremden Staatsachen, *foedera tractatus pacis,* Correspondenz und Verhandlungen mit fremden Mächten, Ernennung der Gesandten und was sonst in das *publicum extrinsecum* einschlägt, das Ceremoniell bei Krönungen und die Landtagspropositionen, wenn der König selbst den Landtag eröffnet, berathschlagt und von da aus die Erledigungen in die Länder expedirt werden.

Jede der beiden Hofkanzleien soll zwei Kanzler haben. Nach der böhmischen Instruction soll der erste oder Obriste Canzler das *caput amborum senatuum* sein. Er eröffnet alle Einläufe, leitet die auf Justizsachen bezüglichen an den zweiten Kanzler unter Bestimmung des Referenten, welche endgiltig auch dann durch ihn zu erfolgen hat, wenn der zweite Kanzler gegen die erste Bestimmung Bedenken erhebt. Der erste Kanzler ist ständiger Leiter des aus dem Vicekanzler und zwei Hofräthen bestehenden Regierungssenates. Uebrigens steht es in seiner Wahl, ob er jeweils den Sitzungen des Justiz-

---

nitz, andere Unserer Obsorge zukommenden Stiftungen, Emporbringung Unserer Universität und Städte und endlich die Vorfallenheiten, die den Statum, die Education und in Summa den Wohlstand Unserer Unterthanen betreffen. Das Alles soll nach Angabe der Instruction schon zufolge der vernewerten Landesordnung zur Hofkanzlei gehören.

[99]) Bidermann, II, S. 9 ff.

Digitized by Google

oder des Regierungssenates vorsitzen will; doch soll im ersteren Falle auch der zweite Kanzler zugegen sein. Dieselbe überragende Stellung kommt auch dem ersten oder Obristen Canzler der österreichischen Hofkanzlei zu. Auch er eröffnet alle Einläufe, leitet die auf *judicialia* und *provincialia* bezüglichen an den anderten Kanzler. Er ist ständiger Leiter der Abtheilung für das Aeussere und die Angelegenheiten des kaiserlichen Hauses[100]), hat aber ausserdem das Recht, auch dem *senatus judicialis* und dem *senatus provincialis* zu präsidiren und ist in allen Fällen von den Beschlüssen dieser beiden Senate zu verständigen. Der zweite Kanzler ist nach der böhmischen Instruction ständiger Leiter des Justizsenates, nach der österreichischen der beiden Senate für die *Judicialia* und die *Provincialia*, unbeschadet der bereits erwähnten Befugniss des ersten Kanzlers in beiden Kanzleien, den Vorsitz in dem einen oder dem anderen dieser beiden Senate zu übernehmen.

Aber gerade dieses allgemeine Präsidialrecht des ersten Kanzlers beweist, dass, was übrigens in der Instruction für die böhmische Hofkanzlei ausdrücklich hervorgehoben wird, jede

[100]) Nunmehr ist die von der österr. Hofkanzlei auch schon bis dahin, wenn auch unter Schwankungen, so doch regelmässig ausgeübte dreifache Function 1. als geheime Cabinetskanzlei, 2. als Ministerium des kaiserlichen Hauses und des Aeussern (vgl. Anm. 79) und endlich 3. als Hofrath für die deutsch-österreichischen Erbländer durch das Organisationsstatut derselben endgiltig festgestellt. Ermöglicht wird die ausdrückliche Erklärung der österr. Hofkanzlei zur Kabinetskanzlei und zum Ministerium des kaiserlichen Hauses und des Aeussern dadurch, dass, was selbst von den modernen constitutionell-monarchischen Verfassungen im Verhältniss vom Monarchen zum Minister gilt, keine Vorschriften bestehen, welche in allen Fällen unmittelbaren Verkehr zwischen Landesfürst und Landeshofkanzler fordern und dass somit die Bestimmung der Form dieses Verkehres zu einer dem Landesfürsten zukommenden Angelegenheit der Hofetikette (Bidermann, a. a. O. II, S. 8 f, S. 106 f., N. 1, 2) wird, dass ferner das kaiserliche Haus als solches den Ländern gegenüber wie ein ausserhalb derselben stehendes, in der Wahl seiner Repräsentanten freies Rechtssubject gegenübertritt, dass endlich die völkerrechtliche Repräsentation ein Reservatrecht des Landesfürsten bildet, welches er durch Gehilfen nach seiner Wahl ausüben kann und dass nach damaliger Auffassung völkerrechtliche Rechtssubjectivität nur dem Monarchen als römischen Kaiser, nicht den Ländern zukam. Noch unter Leopold I. ist die Organisation der Verwaltung des Aeussern eine schwankende und überdies decentralisirt (Bidermann, I, S. 115, N. 24; II, S. 8, 18). Den Karlowitzer Frieden schliesst der böhmische Hofkanzler ab

Digitized by Google

Kanzlei ein einziges *corpus*, *Dicasterium*, Hofmittel, *corpus Cancellariae* bildet.[101]) Ist doch selbst die Theilung des Plenums in mehrere Senate nicht in dem Sinne zu verstehen, als bestünde eine Incompatibilität der Mitgliedschaft bei den zwei Senaten der böhmischen oder den drei Senaten der österreichischen Hofkanzlei. Es wird nur instructionell eine möglichste Stetigkeit in der Besetzung der verschiedenen Senate gewünscht, damit die *connexio et filum materiarum* nicht unterbrochen werde oder. zu deutsch gesagt, damit alle Mitglieder jedes Senates immer auf dem Laufenden seien. Allein das ist keine Forderung, an welcher auf Kosten der erspriesslichen Behandlung und der prompten Erledigung einer Sache festzuhalten ist. Es steht deshalb bei dem böhmischen Hofkanzler *ad publica et judicialia*[102]), je nachdem er es im Interesse des Dienstes und zur Beförderung der heylsamen Justiz der Nothdurft nach befindet, bald diese, bald jene Räthe zu gebrauchen und nach Beschaffenheit der vorkommenden Materie und Umstände bald den einen, bald den anderen *senatum* in Anzahl der Räthe zu verstärken, auch wohl in Haubt Sachen, Besonders, da es Sachen Unsere *Jura Regia, Regalia,* und deren Ländern Heyl und Wohlfahrt oder Religionssache angehet, das ganze *Plenum Cancellariae* zusamben zu ziehen. Auch kann er im Falle der Verhinderung von Mitgliedern des einen

(a. a. O. I, S. 130, N. 52), und zwar im Namen des römischen Kaisers, da die Pforte Ungarn als Vertragsmacht nicht anerkannte (a. a. O. I, S. 149, N. 98; vgl. ferner a. a. O. II, S. 35, 181, N. 34). Nach innen können allerdings völkerrechtliche Verträge nur durch die Landesbehörden durchgeführt werden und es bedarf zur Abtretung ungarischen Gebietes der Zustimmung des ungarischen Landtages (a. a. O. II, S. 234). Uebrigens erklärt es die Palatinalconferenz von 1712 zur Berathung eines gemeinsamen Thronfolgerechts für die habsburgischen Länder als eine alte Forderung der ungarischen Stände, dass zu allen Berathungen über Krieg und Frieden Ungarn zugezogen werden (a. a. O. II, S. 43 f.).

[101]) Deshalb bleibt noch die von Josef I. stammende Einrichtung bestehen, dass die Ausfertigungen der österreichischen Hofkanzlei von beiden Kanzlern zu fertigen sind und nur, wenn der erste Kanzler ein Stück über einen Posttag liegen lässt, soll der zweite dasselbe ohne dessen Unterschrift dem Kaiser zur Unterfertigung vorlegen. Aus der Anm. 69 erwähnten Eingabe des Vicekanzlers der böhmischen Hofkanzlei Grafen Korżensky könnte nicht unschwer die Annahme hergeleitet werden, dass eine ähnliche Einrichtung auch bei dieser Kanzlei bestand.

[102]) Nach beiden Instructionen soll der Justizsenat aus dem Vorsitzenden und 6 Räthen bestehen.

Digitized by Google

Senates die fehlenden durch Mitglieder des anderen Senates ersetzen, um die Beschlussfähigkeit herzustellen. Dieselbe Befugniss hat der erste österreichische Kanzler im Einvernehmen mit dem zweiten. Man kann deshalb sagen: die Trennung der Justiz von der Verwaltung, welche in den beiden Hofkanzleiordnungen vorgenommen ist, ist nur als ein *internum corporis* und selbst mit dieser Beschränkung nur als eine nach Möglichkeit durchzuführende Trennung gedacht. Aeusserlich soll sie nach der böhmischen Instruction dadurch zum Ausdruck kommen, dass in Unßerm eigends zur Cantzley mit großen unkosten erbauten Hauß zwey gelegene gute Zimmer für Beständig ausgezeichnet werden, in welchen die Beede Senaty Ihre abgetheilte Sessiones halten werden. Motivirt erscheint diese Form der Trennung der Justiz von der Verwaltung in der höchsten Instanz, wie dies in den meisten auf eine solche Scheidung hinzielenden Organisationsgesetzen geschieht, durch den Hinweis darauf, dass ohne solche Scheidung der Ressorts im Innern einer mit Justiz und Regierungsangelegenheiten betrauten Behörde die Justizangelegenheiten zurückbleiben.[103])

Diese auf die Dauer berechnete collegiale Organisation der Hofkanzleien bildete in mehrfacher Hinsicht eine historisch bedeutsame That. Einmal hatte sich durch dieselbe, da sie ohne jede ständische Mitwirkung geschaffen war, wieder die Freiheit des Monarchen in der Organisation der Behörden, welche ihn bei der Ausübung seiner Competenzen unterstützen sollten, in bedeutsamer Weise bethätigt. Ferner wurden bei der Organisation der österreichischen Hofkanzlei durch Aufhebung der Besonderheiten im Ausfertigungswesen zu Gunsten der einzelnen deutsch-österreichischen Ländergruppen die letzten Erinnerungen an ihre staatsrechtliche Sonderung beseitigt und die Einheit der Behörde nachdrücklich betont.[104]) Endlich wurde

[103]) „Die vermehrten Hände sollen . . . deren umb Ertheilung der Justiz seufzenden Partheyen Angelegenheit auf's schleunigste ausmachen."

[104]) Die österr. Instruction spricht sich hierüber folgendermassen aus: „Dagegen soll künftighin für sämmtliche Unsere teutschen Oesterreichischen Erbländer eine gemeine Hofkanzley seyn und von den Expediendis eine Rolla verfasset werden" und es sollen alle bei dieser österreichischen Hofkanzlei „für kommenden Sachen für Uns als Erzherzog und Landsfürsten" gehören. Vgl. hiezu Bidermann, II, S. 61, 295, N. 130, 131.

Digitized by Google

durch die collegiale Organisation die Macht der Hofkanzler und damit zugleich die Gefahr gemindert, dass sie sich zu nationalen, ständisch gesinnten Staatskanzlern ihrer Länder herausbilden könnten. So gross ist übrigens das Misstrauen gegen den Particularismus, dass die Hofkanzleien auch in dieser neuen Organisation wesentlich nichts mehr sind, als es der Hofrath gewesen ist, nämlich ein blosser Kronrath ohne selbständiges Decernat. So fordert die böhmische Instruction: „Gleichwie alle bei dieser Königlich-Böheimbischen Hof-Cantzley vorkommende Sachen für uns als König und Landes-Fürsten allein gehören, und Wir darinnen das Obriste Haubt und Richter seynd, so soll auch kein End-Urthel (!) publiciret oder in andere hochwichtigen Sachen eine Verordnung ergehen, ehe und bevor dasselbe wie Herkommens gebührend Vorgetragen und von uns die Resolution darüber gnädigst ertheilet worden." Und: „Wir wollen zwar das Recht, welches Unß als König zu Böheimb in *jura ferendo et Lege statuendo* zusteht, vollständig vorbehalten haben und soll Unsere Königliche Böheimbische Hoffkanzley nicht befugt sein, *Constitutiones Declaratorias Pragmaticas* oder *Novellas* in die Länder zu erlassen, es wären dann selbige nach vorheriger Vernehmung der Instanzien in denem Ländern, vor Unß in dem geheimben Rath gnädigst approbiret worden." Aehnliche Bestimmungen trifft die österreichische Instruction. Also darf die Hofkanzlei von sich aus nicht einmal ein Endurtheil ergehen lassen, noch weniger besitzt sie eine selbständige Verordnungsgewalt. Ihre Ausfertigungen müssen sich vielmehr in allen diesen Beziehungen entweder als unmittelbare Reproductionen des Wortlautes der Entschliessungen des Landesfürsten geben oder auf die Genehmigung des verlautbarten Inhalts durch den Landesfürsten sich berufen. Die Intensität ihrer Competenz reicht deshalb nicht so weit als die der Landesregierungen. Diese sind in Wahrheit Gerichte und Regierungen.[105]) Ist die Competenz der Regierungen eine auf dem Principe der Repräsentation des nicht anwesenden oder nicht persönlich

[105]) Es bleibt in diesem Punkte beim Alten. Richtig stellt schon der *Status regiminis* (S. 84) den verfassungsmässigen Antheil der böhmischen Hofkanzlei und der Prager Statthalterei an der Regierung in der Weise fest, dass er die erstere als blosses *consilium* bezeichnet, wogegen das Schwergewicht

Digitized by Google

handeln könnenden Monarchen beruhende, so ruht jene der Hofkanzlei wesentlich auf dem Principe der Assistenz. Die Hofkanzleien sind also sowohl auf dem Gebiete des Gerichts- wie des Regierungswesens wesentlich ein blosser Conseil an der Seite der Landesfürsten, dessen Beschlüsse noch überdies der Superrevision durch den Geheimrath als höchsten Kronrath unterliegen. Das geht, was das Regierungswesen anbelangt, aus der zuletzt angeführten Stelle der böhmischen Instruction hervor. Es fordert ferner dieselbe Instruction, dass bei den Berathungen des geheimen Rathes über Vorträge der Hofkanzlei derjenige Kanzler oder der Vicekanzler anwesend sei, der die Berathung in der Hofkanzlei geleitet hat, und wer das Referat über einen Gegenstand in der Hofkanzlei geführt hat, soll theilnehmen an der Berathung über denselben in den Deputationen, Conferentien und Anderen von Unseren Hofmitteln Veranlassenden zusambenkünfften. Ebenso hat nach der österreichischen Instruction jeder Kanzler, was seine Angelegenheiten betrifft, den Deputationen, geheimen Raths-Conferenzen beizuwohnen, und es soll der Vortrag in wichtigen Sachen, wenn sie in den geheimen Rath kommen, von jenem Rathe versehen werden, der in der Hofkanzlei referirt hat. Es fühlt sich also die absolutistisch-centralistische Regierungspolitik noch immer gegenüber dem Particularismus der Länderbehörden nicht sicher genug, um sich auf ihre Vorschläge allein zu verlassen.

Das Princip für die Durchführung der Scheidung von Justiz und Verwaltung bestimmt die böhmische Instruction dahin, dass alle und jede sachen, die strittig seynd und in *via contentiosa* durch Process nach der justiz dirigiret werden müssen, in sonderheit die Partheysachen, welche rechts- löbl. und ordentlicher Gewohnheit, Connexität und Consequenz halber für Unser. Königl. und Landesfürstl. Allerhöchstes Gericht gehören, von dem Justizsenate zu behandeln seien. Der in den Hofkanzleien aufgestellte Gegensatz *Privata* und *Publica* ist also nicht gleichbedeutend mit dem von Civilrechts- und

der Organisation der nach aussen gerichteten, die Unterthanen erfassenden Regierungsgewalt in der Statthalterei liege, *ac de caetero regimen Locum tenenti supremisque officialibus Regni Pragae comissum est.* Es waltet das gleiche Verhältniss wie zwischen dem Hofrath und den Regierungen.

Digitized by Google

Verwaltungssache, sondern mit dem von Rechtspflege und Verwaltung, von Rechtspflege in dem Sinne des Wortes, in welchem es die Civil-, die Straf- und die Verwaltungsrechtspflege, nämlich, wie es in den Instructionen heisst, die Entscheidung über *Jura Regia, Regalia, Cameralia* u. s. w. umfasst. Da nun die Hofkanzleien auch die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen des Landesfürsten vorbereiten, so werden unter Verwendung des alten, Maximilianeischen Organisationsprincips wegen der Bedeutung gerade dieser Entscheidungen für das landesfürstliche Interesse besondere Einrichtungen zu Gunsten einer entsprechenden Berücksichtigung desselben bei den Berathungen der Hofkanzleien getroffen. Nach der böhmischen Instruction sollen nämlich die fiscalische Sachen oder Andere Unser *aerarium*, dessen *Jura et Praerogativa* Betreffende Angelegenheiten dermahlen und Bis auf weitere Unsere allergnädigste Resolution *conjunctim et concernato Consilio* von der Cantzley und Hof-Kammer tractiret und wochentlicher Congress gehalten werden. Dabei ist aber an keine Gesammtsitzung des Justizsenates und des Hofkammercollegiums gedacht, sondern nur an eine Vertretung des letzteren in den Sitzungen des Justizsenates durch ein- oder anderes von der Hofkammer hiezu abgeordnetes und instruirtes Taugliches Subjectum. Es soll deshalb, da *negotia cameralia vel Fiscalia* zu erörtern Vorfallen, solches von der Canzley der Hof-Cammer zeitlich erinnert werden, damit die Bestimmung des für die Mitberathung qualificirten Hofkammerrathes rechtzeitig genug erfolgen könne.

Ausserdem soll nach der böhmischen Instruction in anderen als Fiscal- und Cameralsachen eine Gesammtsitzung des Justiz- und des politischen Senates oder mindestens eine Verstärkung des einen Senates durch Mitglieder des anderen stattfinden in den *Causis et materiis mixtis*, welche zumb Theil, oder fürnemblich die Policey betreffen, oder auch in das Publicum eintretten, anbey aber ein *Jus vel praejudicium Tertiy* berühren oder sonsten eine Untersuchung und *causae cognitionem* erfordern. Die Nothwendigkeit einer derartigen Behandlung einer Sache muss nicht immer gleich bei ihrem Einlangen in die Hofkanzlei erkennbar sein. Aber in dem Augenblicke, in welchem ein Senat, der hiefür unzuläng-

Digitized by Google

lich besetzt ist, erkennt, dass in einer anfangs als *mere privatum* oder *pure publicum* angesehenen Sache sich nachderhand die *ratio publica*, beziehentlich das *jus privatorum* menge, muss er dafür sorgen, dass dieselbe der instructionsmässigen Behandlung im Plenum oder in fachmännisch verstärkten Senaten zugeführt werde. Auch hier überall ist bei *Jus vel praejudicium Tertiy* nicht an subjective Privatrechte, sondern an subjective Rechte überhaupt, also auch an öffentliche Rechte gedacht, welche von Acten der Verwaltung getroffen werden, deren Feststellung eine förmliche Parteienverhandlung und *causae cognitionem* erheischt und deren angemessene Behandlung durch die Verbindung von Justiz- und Verwaltungsmännern zu einem einzigen Beschlusscollegium geführt werden soll. Deshalb dürfte nicht blos wegen der Auffassung von der höchstpersönlichen Natur der Zuständigkeit des Landesfürsten für die Ausübung der höchsten landesfürstlichen Gerichtsgewalt sondern vorzugsweise zur Controle die Einhaltung des ordnungsmässigen Vorganges bei der Berathung der Verwaltungsrechtssachen und zur Controle des Inhalts der verwaltungsrechtlichen, das landesfürstliche Interesse zunächst berührenden verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisse die Bestimmung der böhmischen Instruction getroffen worden sein, dass kein Endurtheil vor erstattetem Vortrag über dasselbe an den Monarchen und vor eingelangter Entschliessung des letzteren publicirt werden dürfe. Auch Entschliessungen des Monarchen über die ihm vorgeschlagenen richterlichen Erkenntnisse erfliessen nach vorhergegangener Berathung derselben durch den Geheimrath. Das wird ausdrücklich hervorgehoben in einem Vortrag der böhmischen Hofkanzlei vom 26. Juli 1724 an den Kaiser, in welchem sie mit Berufung auf die Unzulänglichkeit ihrer Besetzung bittet, die Processrevisionen anstatt in dem instructionsgemäss und durch die vernewerte Landesordnung geforderten 7gliedrigen Senate in einem 5gliedrigen behandeln zu dürfen, weil die „von Ew. Maytt. treu-gehorsamster Cantzley erwägende und erörternde Prozessen eben wiederumb zu Euer Maytt. *per Referatum* devolvirt, und darüber im geheimen Rath nachmahlen Deliberiret, folgbahr, ob der von Ihr Treu-gehorsambster Cantzley gefaste Schlus Bestehen könne? reyflich überleget wird". Es bleibt also die durch den Geheimrath unter-

Digitized by Google

stützte Cabinetsjustiz fortbestehen, wenn auch die Unabhängigkeit der Justiz eine akademische Anerkennung durch die Vorschrift findet, dass die Räthe, obgleich die Sach unsern Fiscalem oder Unß Selbsten Betreffete, sich allein Gott und Ihren zu der wahren Justiz leiblich geschwohrenen Ayd Allezeit vor Augen halten, ferner durch das Versprechen, die *avocationes causarum* nicht leicht und nur in Fällen der Justizverweigerung zu gestatten. Eine bemerkenswerthe Reminiscenz an die durch Maximilian I. begründete Befugniss der Regimente, auf Antrag einer Partei den Gegner derselben zum Schiedsversuch zwangsweise vorzuladen, enthält das Verbot der beiden Hofkanzleiordnungen, ohne Vorwissen des Kaisers Parteien wider ihren Willen *ad tentandam amicabilem compositionem* nach Hof zu berufen.

Im Uebrigen erwies sich alsbald die Besetzung der Hofkanzleien gerade vom Standpunkte des Justizwesens als unzulänglich. Das Verhältniss der beiden Kanzler barg den Keim von Rivalitäten und Zerwürfnissen in sich. Obendrein hatte Karl VI. die weitere Entwicklung der Dinge durch die Bestimmung vorgesehen, dass die Einheitlichkeit der Hofkanzlei trotz der Ressortscheidung im Schosse derselben und trotz der Errichtung von Justiz- und Regierungssenaten nur so lange vorhalten solle, als Uns keine Ursachen gegeben werden zu einer würklichen Separation (nämlich von Justiz und Verwaltung) zu schreiten. Man kann also, ohne der Bedeutung der späteren Reformen nahezutreten, sagen: die Hofkanzleiordnungen Karl VI. bergen bereits das Programm der Trennung der Justiz und Verwaltung in der höchsten Instanz ganz deutlich erkennbar in sich; es galt nur mehr, eine reife Frucht zu pflücken.

V. Abschnitt.

§. 9. Einfluss des Kammerwesens auf die Verwaltungsrechtspflege.

Die Verknüpfung des Kammerwesens mit der Verwaltungsrechtspflege bildet einen der ältesten und mit der grössten Zähigkeit festgehaltenen Grundsätze in der österreichischen Behördenorganisation. Die Zuziehung eines Finanzbeamten zum höchsten Rathe des Königs dürfte schon vor Maximilian I.

Digitized by Google

geübt worden sein, insoferne dieser Kronrath auch Fiscalprocesse zu entscheiden hatte.[1]) Aber von dem Augenblicke, in welchem sich unter Maximilian I. wenigstens in den Mittelstellen und am Hofe eine scharfe Scheidung zwischen den Finanzbehörden einerseits und den mit der Rechtspflege betrauten Regierungsbehörden andererseits vollzogen hatte, bekommt die Einführung der Finanzbeamten in den Rath dieser Regierungsbehörden, die Festsetzung eines Cooperations- oder eines Concertationsverhältnisses, wie es später heisst, zwischen den Regierungs- und Justizbehörden einerseits und den Finanzbehörden andererseits die ausgeprägte politische Bedeutung eines Sicherungsmittels für die Bedachtnahme auf das landesfürstliche Interesse bei den Beschlüssen der Regierungs- und Justizcollegien. Denn während der ständische Kampf um die Besetzung der Centralbehörden für Justiz und innere Verwaltung in der heftigsten Weise entbrennt und der Herrscher trotz des Sieges des Principes der landesfürstlichen Besetzungsfreiheit doch wegen der grossen politischen Macht des Adels auf denselben bei der Besetzung dieser Behörden die grösste Rücksicht nehmen muss, begegnet das Recht der freien Besetzung der landesfürstlichen Finanzstellen einem solchen Widerstand des Adels nicht, einerseits wegen der geringeren socialen Bedeutung derselben, andererseits weil sie nicht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt, sondern nur zur Verwaltung des zur Disposition des Landesfürsten stehenden landesfürstlichen Vermögens berufen erschienen.[2]) So wird die bei der Besetzung

[1]) Adler, a. a. O. S. 33.

[2]) A. a. O. S. 89. Es gilt dies auch von der ung. Kammer. 1545 resolvirt Ferdinand I. auf die Petition des ung. Landtags, ihm einen Einfluss auf die Verwaltung der das Heiratsgut der Königin-Witwe Maria bildenden ung. Domänen zu gewähren: beide Majestäten wollten das ihnen wie jedermann gebührende *merum jus et potestatem suorum redituum et Officialium super illis constituendorum* behalten. Bidermann, I, S. 75, N. 111, S. 89, N. 34, II, S. 161, N. 85. 1706 beantwortet Josef I. die Forderung der ung. Stände nach Wiederherstellung eines den Ständen verantwortlichen Thesauriates dahin, dass die eigentlichen, nämlich ständischer Bewilligung nicht bedürftigen Einkünfte des Königs nur von diesem dependiren, wogegen die Forderung nach Rechnungslegung über die ständisch bewilligten Steuern und die Landeseinkünfte eine billige sei. Bidermann, a. a. O. II, S. 152, N. 79, auch S. 157, N. 83. Ein Historio-

Digitized by Google

der Regierungen zwar verfassungsrechtlich [3]), aber nicht factisch bestehende Freiheit des Landesfürsten bei den der ständischen Aspiration weniger ausgesetzten Finanzstellen zur vollen Wirklichkeit. Zu Finanzräthen kann der Landesfürst ihm vollkommen ergebene, nur durch ihre Befähigung emporgekommene Bürgerliche (Roturiers) ernennen [4]); ja sie können sogar ohne Gefahr einer ständischen Reclamation, Ausländer sein.[5]) Es ist

---

graph Josefs I. fasst diese Antwort in dem Satze zusammen: *Aerarium Ungariae certis limitibus Aulico Viennensi subjicitur.* 1712 beharrt Karl VI. gegenüber den ung. Ständen auf der Unterordnung des ung. Postwesens unter den Obersten Postmeister Grafen Joh. Paar mit der Begründung, *cum ejus officium sit Regale Principis adeoque regiae dumtaxat dispositioni absque ulla statuum circumscriptione subjectum,* a. a. O. II, S. 315, N. 221.

[3]) Nach Buchholtz, 8, S. 23, welcher in diesem Punkte die Mittheilungen des Lazius, eines Zeitgenossen Ferdinands I., reproducirt, sassen in dem n.-ö. Hofrathe dieses Herrschers einer aus dem Prälatenstand, zwei Rechtsgelehrte, welche gewissermassen die Norm des ganzen Senates bildeten, eine nicht fixe Zahl von Mitgliedern des Herren- und Ritterstandes. Vergl. Die Kämpfe des Adels um die Besetzung des Regiments mit Landleuten unter Maximilian I. und Ferdinand I., Zeibig, a. a. O. S. 285, Rosenthal, a. a. O. S. 121 f. Nach Beckmann's *Idea juris,* S. 404, hatte Steiermark 3, Kärnten und Krain je 2, Görz ein vornehmes *subjectum* dem Kaiser für die Besetzung der innerösterreichischen Regierung zu präsentiren. Beckmann motivirt dies damit, dass die genannten Landschaften die Mitglieder der Regierung *pro parte* salariren, fügt aber hinzu, dass laut Regierungsinstruction der Kaiser an diesen Vorschlag nicht gebunden, sondern befugt sei, *pro beneplacito et libero arbitrio,* das vorgeschlagene *subjectum* entweder zu confirmiren oder ein anderes geschicktes, taugliches und berühmtes *subjectum* selbst zu erwählen und *ex officio* zu verordnen. Organisationsgemäss braucht die Regierung nur vier gelehrte Mitglieder zu besitzen. Aus ihnen wird der Regimentskanzler entnommen, welcher ständiger Referent *in causis civilibus quam criminalibus* ist.

[4]) Caraffa, a. a. O. S. 298, sagt: *Li Ministri della Camera Aulica non sono persone di gran stima, ma più tosto intelligenti de datii, apalti e cose simili.* Vgl. übrigens Bidermann, II, S. 114, Anm. 9.

[5]) Nur in der Abneigung gegen die sociale und hierarchische Gleichstellung der das Indigenat nicht besitzenden Kammerräthe mit den Regierungsräthen äussert sich, und zwar noch in später Zeit, die ständisch-particularistische Reaction gegen die Ausländer. Darauf bezieht sich schon ein bei Suttinger, Consuetudines, mitgetheiltes Gutachten der Statthalter, Amts-Verwalter, Canzler, Regenten und Kammer-Räthe der Nieder-Oesterreichischen Landen. Aber noch ein Bericht der n.-ö. Regierung von 1635, Suttinger, a. a. O. S. 66, wehrt sich mit Berufung auf das Augsburger und Innsbrucker Libell gegen die Zumuthung, dass ein nicht angenommenes würckliches Lands-Mitglied nur wegen seiner Theilnahme als Kammerrath an den Kammersitzungen unter den

Digitized by Google

ferner bei der Würdigung der politischen Bedeutung der Finanzstellen zu beachten, dass neben der Militärverwaltung die Finanzverwaltung am allerstärksten zur centralistischen Politik in den habsburgischen Ländern drängte; denn eine organisch gegliederte, über alle diese Länder sich erstreckende Finanzverwaltung erschien als unerlässliche Voraussetzung für die Stärkung der monarchischen Gewalt überhaupt. Deshalb sehen wir nach erfolgter Wiedervereinigung der inner- und oberösterreichischen Ländergruppe mit der niederösterreichischen unter Leopold I. die Centralisationspolitik ausser bei den Militärbehörden vornehmlich bei den Finanzbehörden jener Ländergruppen ansetzen[6]); ja es macht sogar den Eindruck, als ob

---

Rittern Sitz und Stimme haben sollte. Früher sei ein solcher Kammerrath an einem absonderlichen, ihm ausgezaigten Ort gesessen. Dabei möge es bleiben, sintemalen es bey denen Lands-Ständen ein *Praejudicium* und sonderliches *gravamen causiren* würde. Die Lösung dieser Sessionsstreitigkeit erfolgt bald durch die Anordnung, dass die den Hofkammerräthen nachtheilige Ordnung und Subscription derselben in Sachen der Regierung und Kammer ihrer *Praeeminenz* (zufolge ihres beamtenmässigen Ranges) abgesehen von Kammersitzungen nicht präjudiciren sollte, a. a. O. S. 65, bald durch Ersetzung des das Indigenat nicht besitzenden Kammerathes durch einen Indigenen, a. a. O. S. 68, bald — wie die a. a. O. S. 66 mitgetheilten Decrete vom 25. Jänner 1626 vom 8. und 13. Juli 1628 beweisen — durch Erhebung des ausländischen Kammerrathes in den Ritterstand seitens des Kaisers. In Böhmen verlangte der Landtag von 1531: *Rex modeste monetur, ne ad officia regni exteros admittat.* Riegger, Materialien zur Geschichte und Statistik von Böhmen, 11. Heft, S. 180. Entschiedener und hartnäckiger, wie immer in Sachen der Verfassung und der Nationalität, sind die Ungarn. Vgl. hiezu Bidermann, I, S. 20 f., 123, N. 43, II, S. 22 f., S. 152, N. 79, S. 161, N. 85, S. 293, N. 128, S. 327 f., N. 238. Die Gravamina des Landtags 1708/1714 erklären die Leiden des Königreichs daher, *quod universa Regni negotia publica nimirum et privata contra Jus gentium et consuetudinem aliorum Regnorum et Nationum* an Ausländer vergeben würden. Die Bedeutung des Ausländerthums der Regierungsbeamten für ihre Unabhängigkeit von inländischem Cliquenwesen hebt bereits ein Anonymus hervor in einem an Erzherzog Ferdinand im Jahre 1521 gerichteten Vorschlage, für das Vicedomamt in den n.-ö. Ländern nach Möglichkeit Ausländer zu verwenden, weil diese sich wegen ihrer Freiheit von allen Rücksichten standesgenossenschaftlicher Natur leichter ganz dem Interesse des Landesfürsten widmen könnten. Vgl. auch oben §. 8, Anm. 72. Welchen namhaften Import von hervorragenden Ausländern Oesterreich erfahren hat, ist — man denke nur an die Namen Prinz Eugen, Laudon, Lascy, Haugwiz, David von Salm, Siegfried Becher u. s. w. — bekannt.

[6]) Für die Geschichte des deutsch-österreichischen Föderalismus ist es sehr interessant, dass zu einer Zeit, in welcher die dienstliche Unterordnung der böhmi-

Digitized by Google

schon die Centralisation der Finanzverwaltung unter Maximilian I. auf die Schaffung eines einzigen landesfürstlichen Fiscus für alle deutsch-österreichischen Länder gerichtet gewesen wäre.[7]) So repräsentiren denn die Finanzbehörden schon in den ersten Stadien der Entwicklung der österreichischen Behördenorganisation das dem Monarchen unbedingt ergebene, die stärkste Stütze der absolutistisch-centralistischen Politik bildende Beamtenelement, welches am besten geeignet erschien, im Falle seiner organischen Verknüpfung mit den Regierungs- und Justizbehörden dem ständischen Particularismus der letzteren wirksam entgegenzuarbeiten. Damit erklärt sich die Zähigkeit in der Festhaltung des Grundsatzes einer solchen organischen Verbindung. Darum charakterisirt sich auch die Geschichte des österreichischen Behördenwesens nicht etwa wie jene des französischen und preussi-

---

schen und der ungarischen Kammer unter die Wiener Hofkammer infolge instructioneller Bestimmungen Ferdinands I. und in Folge der Hofkammerinstruction Maximilians II. vom 1. Juli 1568 bereits begründet ist und der König gegenüber den Petitionen der ung. Stände für die Unabhängigkeit der ung. Kammer sich im Besitzstand befindet (Bidermann, II, S. 89 f., N. 10; I, S. 16 f., S. 20 f., S. 75, N. 111, S. 96, N. 55, S. 123 ff., N. 43—45, S. 130, N. 52, S. 131, N. 53 und 53a, S. 136, N. 66; für die spätere Zeit II, S, 32 f., S. 39, 174 ff., N. 17), in der ersten Zeit nach der Wiedervereinigung der drei deutschen Ländergruppen die particularistische Empfindlichkeit der Grazer und Innsbrucker noch in hohem Grade geschont werden muss (Bidermann, I, S. 48 f., S. 143, N. 86; II, S. 117, N. 12), und dass Josef I. einen förmlichen Verfassungskampf durchführen, ein Concordat mit der Grazer Kammer eingehen und ein Pacificationsinstrument erlassen muss, um durch einige formale Zugeständnisse die materielle Abhängigkeit dieser Kammer von der Wiener Hofkammer herbeizuführen. Bidermann, II, S. 113, N. 9, S. 117, N. 12.

[7]) Schon nach der von Maximilian I. geschaffenen Organisation der landesfürstlichen Finanzverwaltung war das landesfürstliche Schuldenwesen ein einheitliches für alle drei Ländergruppen. Auch die Hofkammerordnung Ferdinands I. von 1537 ruht auf der Auffassung der rechtlichen Einheit des Kammergutes in allen deutsch-österreichischen Ländern. Rosenthal, a. a. O. S. 190, 196. Einheitlich war auch das fiscalische Wappen, der zweiköpfige Adler, für alle *stationes fisci* selbst in Ungarn (!), Bidermann, I, S. 125 f., N. 45, II, S. 73, S. 324, N. 237. 1701 übernimmt die Wiener Hofkammer ungarische Salinen aus der Apafy'schen Verwaltung in eigene Regie, a. a. O. I, S. 111, N. 20. Mit der Einheitlichkeit des Fiscus steht nicht im Widerspruch, dass er in jedem Lande nach dem Rechte desselben lebt und der Gerichtsgewalt des Landes unterworfen ist, Bidermann, II, S. 286, N. 112. Vgl. indess ebenda S. 288, N. 112.

Digitized by Google

schen[8]) durch einen dauernden Gegensatz und Kampf zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten, sondern zwischen den Verwaltung und Justiz zugleich übenden Regierungscollegien auf der einen, den Finanzbehörden auf der anderen Seite. Sind zum Beispiel die Competenzconflicte zwischen den Regierungs- und Justizcollegien und den verfassungsmässigen landschaftlichen Gerichten von sehr untergeordneter Bedeutung, so empfinden diese Regierungs- und Justizcollegien ihre Verknüpfung mit den Behörden der Finanzverwaltung namentlich auf dem Gebiete des Justizwesens in hohem Grade lästig und sowohl ihrer Würde als auch dem Zwecke ihrer behördlichen Aufgabe abträglich.[9])

In den unteren Instanzen ist die landesfürstliche Finanzverwaltung, die landesfürstliche Verwaltung des Innern und die landesfürstliche Justiz, sie sei grundobrigkeitlicher Natur[10]), also

---

[8]) Hiezu vgl. Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 88 f. und die lehrreiche Abhandlung Löning's, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen im Verwaltungsarchiv, II. Bd., S. 247.

[9]) Die Geschichte des hier entwickelten Gegensatzes lässt sich verfolgen von dem Widerstande des n.-ö. Regiments gegen die Theilnahme des ehemaligen Vicedoms und späteren Mitgliedes der Rechnungskammer Lorenz Saurer an den Entscheidungen des Regiments in Kammersachen im Jahre 1512 (Adler, a. a. O. S. 301) bis zum Vortrage der obersten Justizstelle im Jahre 1776 an Maria Theresia über die Unhaltbarkeit der Stellung der Justizhofräthe zu den Kammerrepräsentanten bei den Abstimmungen über die sogenannten Consessual-Sachen (meist Verwaltungsrechtssachen) vom Standpunkte des Ansehens und der Würde der Justiz. Ueber diesen denkwürdigen Vortrag wird noch an späterer Stelle ausführlicher gesprochen werden müssen. Zur Verschärfung des Gegensatzes der Justiz- und Regierungsbehörden zu den Finanzbehörden mag auch der Umstand beigetragen haben, dass diese den Beruf hatten, die möglichen Ersparungen an den Kosten des Justiz- und Verwaltungsdienstes zu beantragen. Vgl. z. B. Elvert, Zur österr. Finanzgeschichte, S. 339 f.

[10]) Schon unter Ferdinand I. standen unter der n.-ö. Kammer ausser dem Hausgrafen und dem Vicedom die unter verschiedenen Namen fungirenden, mit Domänialjustiz ausgestatteten Domänenbeamten, dann die für die Hebung des Wasserzolles auf der Donau bestimmten Mauthner, welche die grundherrschaftliche Justiz auf dem Wasser und am Ufer auszuüben hatten, Buchholtz, 8, S. 25. Diese letztere Justiz wird in späterer Zeit unter Anderem auch durch „Der Haupt-Mauth Wien Amtsverrichtung" vom 17. Mai 1695. *Codex Austr.*, III, S. 390, geregelt. Als Grundherrschaft übte auch die Grazer Hofkammer die Justiz in einigen Gebieten der croat. Militärgrenze aus. Bidermann, II, S. 121, N. 21.

Digitized by Google

Domanialjustiz oder nicht, in einer Hand, gewöhnlich in der eines Einzelbeamten vereinigt. Hier kommen die Amtsleute, Pfleger u. s. w. als unterste und die öfters erwähnten Vicedome allein oder in Verbindung mit Mitgliedern des Landesadels, oder Organen der Landschaft als nächsthöhere Instanz in Betracht.[11]) Von den Landescentralbehörden angefangen spaltet sich dieser bis dahin einheitliche Geschäftskreis in die Verwaltung des Innern (auch Kriegsverwaltung) und Justiz, für welche die Regimente, die Regierungen als Mittelstellen, der Hofrath, später die Hofkanzlei als höchste Instanz bestellt werden, während die Finanzverwaltung von den Kammern (Rait-, das ist Rechnungskammern) als Landescentralinstanzen, von der Hofkammer in letzter Instanz besorgt wird. Das wenigstens ist die Organisation der Finanzverwaltung, welche sich nach mehrfachen Schwankungen behauptet.[12]) Alle diese Behörden sind Collegialbehörden.[13]) Der ursprünglich zur Zeit der Selbständigkeit der inner- und der oberösterreichischen Ländergruppe nach dem Tode Ferdinands I. bestandene Titel Hofkammer für die Grazer und Innsbrucker Kammer hat sich auch nach dem Zeitpunkte ihrer Unterordnung unter die Wiener Hofkammer

---

[11]) Augsburger Libell. Kärnthn. Landhandf., S. 64; Rosenthal, a. a. O. S. 163.

[12]) Nach den Verhandlungen auf dem Innsbrucker Ausschusslandtage von 1518 zwischen Kaiser und Ständen hätten die Functionen der Hofkammer auf den Hofrath übergehen sollen. Das Innsbrucker Libell verleiht, wie bereits hervorgehoben wurde, dieser Absicht keinen genügend deutlichen Ausdruck und Ferdinand I. schärft die wechselseitige Uanbhängigkeit des Hofraths und der Hofkammer innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse mit Nachdruck ein. Der Vereinigung der Finanzverwaltung und der inneren Verwaltung in der höchsten Instanz begegnen wir später wieder in dem 1749 von Maria Theresia errichteten *Directorium in politicis et cameralibus*, in der von Josef II. errichteten vereinigten Hofstelle; ja mittels des Rescriptes Franz I. vom 8. Mai 1801, Polit. Gesetzessammlung, Bd. XVI, Nr. 28, wird — also fast 300 Jahre später — die Absicht Maximilians I., die Vereinigung der Justiz, der Finanzverwaltung und der inneren Verwaltung in der höchsten Instanz, durch Errichtung der aus der Verschmelzung von Hofkammer, Landes- und Commerzhofstelle mit der Böhmisch-österreichischen Hofkanzlei hervorgegangenen vereinigten Hofstelle nahezu vollständig verwirklicht.

[13]) Schon 1501 ergehen die Beschlüsse der Wiener Hofkammer *in consilio camerae*, Adler, a. a. O. S. 237, Anm. 1. Vgl. auch die Hofkammerordnung Ferdinands I. von 1537, Rosenthal, a. a. O. S. 201: Die Hofkammerhandlung soll in gemainem hofcammerrath beschehen.

Digitized by Google

durch Josef I. forterhalten.[14]) Grundsätzlich bildet die Finanzverwaltung gegenüber der von den Regierungen, dem Hofrath, der Hofkanzlei besorgten Verwaltung des Innern und der Justiz ein besonderes Ressort.[15]) Sehr scharf hebt diese Sonderung Ferdinand I. in einzelnen instructionellen Bestimmungen hervor, um die Selbständigkeit und dienstliche Unabhängigkeit der Finanzverwaltung gegenüber den Regierungs- und Justizcollegien zu sichern. So bestimmt er das Verhältniss der niederösterreichischen Raitkammer zu dem niederösterreichischen Hofrathe in der für diese Landescentralbehörde erlassenen Instruction von 1523[16]) in folgender Weise: „Wir wellen auch und haben geordet, das unser raiträte unser bemelten niderösterreichischen raitcamer frei sein, also das si unser raitcamer auswarten und handlen sollen wie wir inen dann darinnen ordnung und bevelh geben und in derselben unser raitcamer sonst niemands nichts zuschaffen noch zu handlen haben dann wir selbst, wann wir uns unser camerguet und raitcamer ganzlich frei vorhalten." Die Tendenz, das Finanzwesen jedem nicht streng landesfürstlichen Einflusse zu entziehen, liegt klar zutage. Die wechselseitige Respectirung der Competenz der höchsten Finanz- und der höchsten Regierungs- und Justizbehörde fordert nachdrücklich die Hofkammerordnung Ferdinands I. von 1537[17]) durch die Bestimmung: „Nachdem auch je zu zeiten unsern hofräthen sachen unser camergueter belangend für komen, haben wir verordnet und ist auch unser will und mainung, das sollich sachen durch si zu handlen nit angenomen, sonder es sei unser aigen oder partheisachen für unser hofcammerräthe gewisen und daselbst gehandelt werden, dessgleichen auch unser

[14]) Bidermann, a. a. O. II, S. 88 f., N. 9, S. 131, N. 36, S. 325. Schwankend war auch das Schicksal der n.-ö. Kammer unter Ferdinand II., also ehe sich die Unterordnung der Grazer und Innsbrucker Hofkammer unter die allgemeine Hofkammer vollzog. Es wurden nämlich die Agenden der n.-ö. Kammer offenbar wegen ihres geringen Umfanges vorübergehend auf die Hofkammer übertragen. Vergl. die Resol. Ferdinands II. vom 11. Juni 1635. *Cod. Austr.*, I, S. 242 und Bidermann, I, S. 98, N. 61. Ein ähnliches Schicksal widerfuhr der böhm. Hofkammer in der Zeit von 1656—1679 a. a. O. I. 131, N. 53.

[15]) Adler, a. a. O. S. 389.

[16]) Rosenthal, a. a. O. S. 228, Abs. 5.

[17]) A. a. O. S. 196.

Digitized by Google

hofcamerräth in sachen, die für si komen und das camerguet nit berüeren auch thuen sollen." Die Voranstellung des Gebotes, die Competenz der Hofkammer zu wahren, dürfte nicht zufällig erfolgt sein. Deshalb ist auch zu wiederholtenmalen von den Länderkammern und Regierungen als von zwei besonderen Mitteln oder Wesen die Rede[18]), womit jeder dieser beiden Mittelstellen eine besondere Behördenpersönlichkeit zuerkannt werden soll.

Der Grundsatz der wechselseitigen Unabhängigkeit der Finanz- und der Regierungs- und Justizcollegien ist aber — und das ist höchst bedeutungsvoll — mehr zu Gunsten der ersteren als der letzteren aufgestellt und wird in der Ausführung zum Nachtheil der Freiheit der Regierungs- und Justizcollegien in ihren Entschliessungen wesentlich eingeengt. Diese Beschränkung äussert sich einerseits darin, dass die Regierungs- und Justizcollegien in Verwaltungsangelegenheiten, welche ihrem Wesen nach in das Gebiet der inneren Verwaltung fallen, an das Einverständniss mit den Finanzcollegien gebunden werden, dass sie andererseits in Cameralprocessen Abgeordnete der Finanzcollegien mitsitzen und mitstimmen lassen müssen. In einer die Competenzgrenzen fast verwischenden Form bestimmt die niederösterreichische Kammer-Instruction Ferdinands I.[19]): „so sollen sachen, die etwas gross und schwär auch je zwifeltig, also daz zum tail unser regierung und handhabung der land und daneben desselben volziehung betrifft oder sonst inen von uns bevolhen ist, so sollen unser regiment und camerrat als von beden tailen unsere diener getreulich und vleissig, wie wir uns des ungezweiffelt versehen darin handlen." Und ebenso allgemein

[18]) Vgl. die von Bidermann, I, S. 140, N. 75 cit. Vdg. v. 4. Oct. 1665, das Rescr. v. 13. Juni 1705, a. a. O. II, S. 11, den Bericht nach Hof vom 8. Mai 1706, a. a. O. II, S. 88, N. 9, das Schreiben des von Wien abwesenden Kaisers vom 28. Juni 1636 an die hinterlassene Hofkammer wegen Vorsorge für die Entsendung von Hofkammerräthen zu den Kammersitzungen der n.-ö. Kammer, damit die Cameralsachen von beiden Mitteln zu unverlängter Erledigung fürgenommen werden, Suttinger, a. a O. S. 68. Die 1523 erfolgte Vereinigung der n.-ö. Regierung und Kammer zu einem Wesen erhält sich nur bis 1536, Rosenthal, a. a. O. S. 128, Anm. 3. Doch bestand für die n.-ö. Regierung und Kammer nur eine Kanzlei, N.-ö. Statthalterei, S. 31.

[19]) Rosenthal, a. a. O. I, S. 130.

Digitized by Google

und zum Nachtheil der Selbständigkeit der Regierung lautet der von Beckmann mitgetheilte Grundsatz für die Voraussetzungen der Nothwendigkeit einer Cooperation der innerösterreichischen Regierung mit der Hofkammer in Verwaltungssachen: „beide sollen *conjunctim* in allen Sachen, so Ihre Kayserl. Maj. Hoheit und Obrigkeit betrifft, decidiren und *causas status* treiben.“ [20]) Für diese auffällige Thatsache bietet sich, abgesehen von der bisher angegebenen, auch nachstehende Erklärung: So anachronistisch diese Bezeichnung auch klingen mag, wir haben es schon von Ferdinand I. ab mit der cameralistischen Epoche der Verwaltung des Innern zu thun. Die Hofkammerordnung und die Raitkammerordnungen Ferdinands I. lassen uns ihre Urheber als praktische Vorläufer der theoretischen Cameralistik erkennen. Alle Fragen der inneren und auch der äusseren Politik berühren nach der Auffassung jener Zeit auch das landesfürstliche Finanzwesen unter den zwei mitunter zusammentreffenden Gesichtspunkten, inwieferne das landesfürstliche Kammergut von denselben betroffen werde, oder durch welche

---

[20]) *Idea juris*, S. 400, 269 oben. Die Formen der Cooperation der Regierung und Kammer sind mannigfaltig. Nach der n.-ö. Regimentsordnung von 1499 sollen sich Regiment und Kammer auf vorherige Requisition durch Entsendung von Räthen als Gutachter gegenseitig unterstützen, Rapp, a. a. O. S. 171. Nach der n.-ö. Hofratsordnung von 1523, Rosenthal, a. a. O. S. 228, Abs. 4, soll die Beschlussfassung über das Kriegsaufgebot bei feindlichem Einfall im ganzen Hofrath und im Beiwesen der raiträte erfolgen. Es wird ferner in derselben eine einheitliche Gesammtsitzung beider Collegien gefordert für alle mit Kosten verbundenen oder dringlichen Massregeln, so für die Entsendung von Botschaftern, für die Bekämpfung des Strassenraubs, a. a. O. S. 227, 228. Eine solche Gesammtsitzung fordert auch die tirol. Raitkammerordnung von 1536, a. a. O. S. 259, Abs. 2, für den Fall eines Kriegsaufgebots. Nach derselben Raitkammerordnung sollen Berathungen über die Erhaltung des Wesens der Regierung unserer Land und Leute, über die Abwendung von Gefahren, die Hebung des Kammerguts in Sitzungen von drei Regierungsräthen und einem Kammerrath unter Vorsitz des Statthalters gepflogen werden, a. a. O. S. 257, Abs 2. Ueber die Organisation der Gerichtssitzungen von Regierung und Kammer vergl. den Text unten. Nach Buchholtz, 8, S. 22, trägt unter Ferdinand I. die Ausfertigung der Beschlüsse der gemeinsamen Sitzungen die Subscription: die Statthalter, Kanzler, Regenten, Kriegs- und Kammerräthe der n.-ö. Länder. Daneben kommen im Regierungssachen auch gesonderte Gutachten von Regierung und Kammer vor. Vgl. A. 3.

Digitized by Google

Art ihrer Erledigung eine unmittelbare oder eine durch die Hebung der Steuerkraft der Bevölkerung vermittelte Förderung der landesfürstlichen Finanzen herbeigeführt werden könne.[21]) Und gerade darum müssen sich die Regierungen die mitentscheidende Mitwirkung der Kammerräthe in Regierungs- und Verwaltungsrechtssachen gefallen lassen. Den Räthen der Regierung fehlt es entweder an jeder Bildung oder sie ist eine wesentlich rechtsgelehrte. Die eigentlichen Verwaltungsmänner und Verwaltungspolitiker, ausgestattet mit der politischen und volkswirthschaftlichen Bildung der damaligen Zeit, sitzen in den Kammern, welche man deshalb nur ungenügend durch den Namen Finanzbehörden kennzeichnet. Sie geben die verwaltungspolitischen Ideen her, welche die Regierungen vermöge der ihnen zukommenden verfassungsmässigen Gewalt nach aussen verwirklichen.

Am schärfsten drückt sich nun das Werthurtheil über das politische Verständniss der Regierungen und der Kammern dadurch aus, dass, während Kammerräthe in den Regierungen mitstimmen, die Regierungsräthe, wie schon Ferdinand I. ausdrücklich fordert. in Kammersachen nichts dreinzureden haben. Selbst wenn die Kammern, insbesondere, wo eine Kammerangelegenheit juristische Erwägungen herausfordert, sich des Beirathes der Regierungen zu bedienen haben[22]), so kommt die

---

[21]) Schon nach der n-ö. Regimentsordnung von 1499 sollen Regierung und Kammer treulich einander helfen, damit unnser nutz und frumen betracht werde, Rapp, a. a. O. S. 166, 171. Die Hofrathsinstruction Ferdinands I. beauftragt den Hofrath, emsiglich zu betrachten, was zu Unserer kgl. Hoheit Land und Leute aufnemen, frumen und wolfart raichen mag. Vgl. ferner die vorhergehende Anm.; ferner Beckmann, a. a. O. S. 454: *Nam Reipublicae et Principis interest locupletes, et non depauperatos habere subditos, qui tempore belli et necessitatis Majestatem Caesaream in omnibus publicis oneribus ferendis sublevare valent.* Als Curiosa aus der Zeit des Innsbrucker Landtages von 1518 seien angeführt die Aufhebung des Verbots der Seifeneinfuhr aus Venetien im Interesse von „freien Handl und Wandl" und die Weigerung Maximilians I., die ausländischen Grosshändler und Hausierer von Niederösterreich auszuschliessen, weil gerade durch diese Leute im Interesse des Landes fremdes Geld in dasselbe käme; Rapp, a. a. O. S. 182 u. Zeibig, a. a. O. S. 282.

[22]) Schon die Hofkammerordnung von 1498, Lünig, *Codex Germaniae diplomaticus,* bestimmt das Verhältniss des Hofraths zur Hofkammer als das einer die letztere berathenden Behörde. Die Hofkammer soll vom Hofrath aus Trost, Rücken und guten Bescheid erhalten. In der n.-ö. Hofrathsordnung von

Digitized by Google

Erledigung von Kammersachen nur den Kammern allein zu. Die Kammer ist, wie sich die niederösterreichische Regierungsinstruction vom Jahre 1526 sehr prägnant ausdrückt, *in puris cameralibus* frei[23]) und nach Beckmann[24]) hat die Grazer Hofkammer in *rebus oeconomicis Caesaris*, als Eisen, Salz, Quecksilber, Mauth, Zoll, Fischerei in allen J. O. Erbländern *nomine Caesaris independenter* zu agiren, und in diesem Fall keineswegs von irgend einem Tribunal zu dependiren. Dies ist die Form, in welcher sich damals die Erkenntniss der Nothwendigkeit der Unabhängigkeit der Verwaltung von den Gerichten und der Grenzen dieser Unabhängigkeit ausdrückt. Denn die Finanzverwaltung ist in dieser Epoche der einzige Zweig der landesfürstlichen Verwaltung, der von den auch als Justizbehörden fungirenden Regierungen deutlich und scharf geschieden ist. Fragt man nun, was als ein *pure camerale* oder als *res oeconomica* anzusehen sei, so gilt dies jedenfalls von der privatwirthschaftlichen Verwaltung des Fiscus, es handle sich um Domänen oder um Regalien, also von rein technischen Massregeln zur Hebung seiner Ertragsfähigkeit, welche zu ihrer Durchführung nur interner Instructionen und nicht nach aussen gerichteter Rechtsnormen bedürfen, sowie von den für den Fiscus abzuschliessenden Privatrechtsverträgen[25]), von der Verwendung der Ein-

---

1521 wird der n.-ö. Kammer unter ausdrücklicher Wahrung ihrer Selbständigkeit nur aufgegeben, kain grosse sach an unseres Hofrats rat und guetbedunken zu sliessen. Rosenthal, a. a. O. S. 215, Abs. 2. Während also Kammerräthe in Regierungs- und Justizsachen mitstimmen, sollen Hofräthe in den Kammersitzungen nur auf Grund vorhergegangener Requisition erscheinen, a. a. O Abs. 3, und nur ausnahmsweise mitbeschliessen, a. a. O. S. 93, 189, Abs. 2.

[23]) Suttinger, *Consuetudines*, S. 657.

[24]) *Idea juris*, S. 253 f.

[25]) Einen guten Ueberblick über die *pure Cameralia* bietet für ihre Zeit die Hofkammerordnung Ferdinands I. von 1537 und dessen tirolische Raitkammerordnung von 1536, Rosenthal, a. a. O. S. 182 ff., 241 ff. Nach der ung. Kammerordnung von 1528 sind *Cameralia* Verzinsung und Tilgung der auf den ung. Gefällen lastenden Schulden, Einlösung der ung. Pfandschaften, Einhebung der Berg- (Weinberg)-, Vieh- und Fruchtzehenten, Pflege des Jagd- und Forstwesens, Ausübung des Münzrechtes, Prüfung der Rechnungen des General-Präceptors, Instruirung der Domänenverwalter (Hofrichter) und Burggrafen auf den kgl. Schlössern. Firnhaber, Oesterr. Finanzen unter Ferdinand I., S. 37. Vgl. auch Bidermann, I, S. 111, N. 20, S. 134, N. 63, S. 135, N. 64; II, S. 163.

Digitized by Google

nahmen für die Hofhaltung. Ausserdem ist aber eine liquide *res oeconomica* die Aufsicht und die Uebung der Dienstgewalt über die unteren Organe der Finanzverwaltung, also auch die Entscheidung über Beschwerden gegen Ueberschreitung ihrer Amtsgewalt [26]), die Rechnungspflege mit denselben, die Perception der landesfürstlichen Abgaben (die der ständischen Bewilligung unterliegenden übernehmen die landesfürstlichen Kammern von ständischen Einnehmern), das ganze landesfürstliche Anweisungs-, Zahlungs- und Cassenwesen, das ganze landesfürstliche Schuldenwesen, die Nachsicht und Stundung fiscalischer Abgaben und Strafzahlungen. Die Entscheidung der Kammern über Beschwerden gegen Finanzorgane ist aber nur eine solche im Verwaltungswege, sei es dass die Partei freiwillig diesen Weg zur Wiederherstellung ihres Rechtes betritt, oder dass sie ihn vor dem Einschlagen des Rechtsweges betreten muss.

Abgesehen von dieser Form der Betheiligung an der Rechtscontrole wirken die Kammern auch mit bei Acten der sogenannten freiwilligen Rechtspflege, sofern eine Sache die *justicia* und doch daneben das *camerguet* betrifft. Als Beispiele werden angeführt die Confirmation von Privilegien und die Vergebung erledigter Lehen, offenbar wegen des Einflusses der Erledigung dieser Angelegenheiten auf die für die Steuerkraft der Bevölkerung bedeutsame Güterproduction, auf das „Aufnehmen" von Land und Leuten, beziehentlich wegen der damit verbundenen Einnahmen. Die Tiroler Raitkammerordnung von 1536 schreibt sogar die Mitfertigung der Erledigung durch einen Kammerrath vor. [27])

Für den Gegenstand unserer Darstellung bietet aber das grösste Interesse die Zähigkeit, mit welcher das Organisationsprincip der Verstärkung der Gerichtssenate der Regierungen durch Kammerräthe von den habsburgischen Herrschern festgehalten wird. Deutlich ausgeprägt tritt es uns schon unter Maximilian I. entgegen; es erhält sich noch nach der Trennung der Justiz und Verwaltung, wie sie unter Josef II.

N. 90, S. 325. Wir begegnen dem Ausdruck *pure Cameralia* auch in dem 1706 vorgelegten Entwurfe einer Commission zur Herstellung der Unterordnung der Innsbrucker Hofkammer unter die Wiener, a. a. O. II, S. 115, N. 10.

[26]) Beckmann, a. a. O. S, 254 f.

[27]) Rosenthal, a. a. O. S. 259 f.

Digitized by Google

gestaltet war, und scheint sein Ende im 19. Jahrhunderte nicht sowohl durch ein publicirtes Gesetz als durch eine interne Instruction des absoluten Monarchen gefunden zu haben. Eine der frühesten Festsetzungen dieses Organisationsprincipes enthält die Schatzkammer-Ordnung vom 13. Februar 1498[28]) in der Bestimmung: „. . . und so auch dieselben unser stathalter und regennten zu Ynnspruck grosse verhor oder rechttag ansetzen . . . . so sullen und mugen sy zu ainer jeden zeit unsern verwalter der camer . . . zu inen erfordern und nidersetzen . . .“ Die Zuziehung von Finanzbeamten an den Rechtstagen ist also obligatorisch. Das Nürnberger und das Augsburger Libell führen diesen Gedanken weiter.[29]) Die niederösterreichische Hofrathsordnung von 1523 schreibt gleichfalls obligatorisch für alle wichtigeren Processe Plenarsitzungen des Hofraths unter Beiziehung eines oder mehrerer Kammerräthe zur Urtheilsschöpfung vor.[30]) Die Angelegenheiten, in denen die Zuziehung von Kammerräthen zu den Sitzungen der niederösterreichischen Regierung instructionsmässig erforderlich war, mehrten sich so, dass die späteren niederösterreichischen Raitkammerordnungen Ferdinands I. von 1527 und 1539 die Abhaltung von wöchentlich 1—2 Kammertagen in der Regierung festsetzen.[31]) Die Vorschrift rechtzeitiger Verständigung der Kammer von den Kammertagen wird öfters, unter Anderem auch durch die Resolutionen vom 5. Jänner 1626[32]) und vom 28. Juni 1636 wiederholt, ein Beweis, dass die Regierung vor zeitweiliger Umgehung derselben nicht zurückschreckte. Die niederösterreichische Regierungsinstruction von 1625[33]) fasst die in den Kammertagen zu behandelnden Gegenstände mit dem Ausdrucke Cammersachen und dergleichen Schirmungen zusammen. Näher bestimmt den Umfang dieser Kammersachen eine

[28]) Adler, a. a. O. S. 531.

[29]) Kärnth. Landhandf., S. 47, 64.

[30]) . . . und so aber ain gross und tapfre urtl vor augen ist, so soll der ganz Hofrat uber dieselben acta sitzen und wo von nöten sein mit ainen oder mer rät aus unser raitcamer darzue erfordern und dieselben urtl mit besammelten rat mit ainander besliessen, Rosenthal, a. a. O. S. 220, oben.

[31]) A. a. O. S. 126, 130.

[32]) *Codex Austr.*, I, S. 242, Suttinger's *Consuetudines*, S. 65.

[33]) Suttinger, a. a. O. S. 656, vgl. auch ebenda S. 68.

Digitized by Google

Resolution vom 20. April 1674 dahin, dass sie Contraband-Sachen und alle *causae fiscales* umfassen.[34]) Die Resolution vom 19. März 1682[35]) für die steirische Regierung lässt aber durch die Vorschrift, dass Regierung und Hofkammer *conjunctim* in allen Sachen decidiren sollen, so Ihre Kayserl. Maj. Hoheit, und Obrigkeit betreffen, erkennen, dass der Begriff der Cameralsachen sich durchaus nicht mit dem der Fiscalprocesse deckte, sondern alle Processe in sich schloss, an deren Ausgang der Landesfürst vom Standpunkt seiner Herrscherrechte und Herrscherpflichten, also politisch interessirt war, also in der Sprache Beckmann's[36]) alle Sachen, worunter unsers allergnädigsten Landesfürsten interesse, Hoheit oder die allgemeine Wohlfahrt versiret. Das landesfürstliche Interesse ist aber das, was wir gegenwärtig öffentliches Interesse nennen. Und in der That judicirt die Regierung zusammen mit Kammerräthen nicht blos in allen privatrechtlichen Fiscalsachen und allen Verwaltungsrechtssachen, sondern wie erhalten gebliebene Processacten aus der Zeit Maria Theresias beweisen, auch in allen Unterthans- oder Unterthänigkeitsprocessen, sowohl wenn es sich um die öffentlich-rechtliche, als auch in einem freilich schwer abzugrenzenden Umfange, wenn es sich um die privatrechtliche Seite dieser Verhältnisse handelt.[37]) Dass es sich hier überall um eine unmittelbare Theilnahme von Finanzbeamten an der Justiz handelt, beweist die Mittheilung bei Beck-

---

[34]) *Codex Austr.*, I, S. 617; Suttinger, *Additiones Consuetudinum Austriacarum*, S. 19.

[35]) Beckmann, a. a. O. S. 398.

[36]) A. a. O. S. 399 f.

[37]) Eine Entscheidung der obersten Justizstelle vom 31. October 1765 betrifft den Streit einer Herrschaft mit unterthänigen Gemeinden um den Inhalt des der ersteren an den unterthänigen Gründen zustehenden Weiderechts. Bei der Regierung sowohl als auch bei der Justizstelle nehmen an der Urtheilsschöpfung Kammerräthe theil. Die ganze Judicatur über diesen Gegenstand ist von hohem Interesse, insoferne sie uns den Kampf zwischen den Vertretern des positiven Rechts und der formalen Jurisprudenz mit den agrar-politischen Tendenzen der damaligen Zeit im Innern des höchsten Gerichtshofes vorführt, wobei sich übrigens auch ein Theil der Juristen allerdings auf Kosten der Jurisprudenz und mittels einer dem römischen Rechte hohnsprechenden, rabulistischen Verdrehung seiner Begriffe auf die Seite der Unterthänigen schlägt.

Digitized by Google

mann[38]): Wann ... Cameral-Sachen, *ad contradictorium* kommen, so werden diese streitige Cameral-Händel *mediante Procuratore camerae*, von der hochlöblichen Regierung in *pleno, concurrentibus regulariter tribus Dominis Camerae consiliariis*, solenniter proponiret, disputiret, examiniret und decidiret. Es ist das also die alte niederösterreichische Hofrathsordnung Ferdinands I. mit der Anordnung der durch Kammerräthe verstärkten Plenarsitzung des niederösterreichischen Hofraths zur Sicherung der Vielseitigkeit und Gründlichkeit der Berathung aller das landesfürstliche Interesse berührenden Rechtsstreitigkeiten.

Vor der Causalgerichtsbarkeit der Regierung und Kammer kann keinerlei persönliche Exemtion bestehen. Nach einer kaiserlichen Resolution vom 21. Februar 1670 sollen die Stände dem Kaiser als Landesfürsten keine *quaestionem status* gegenüber Regierung und Kammer moviren, gleich als wollten sie sich Seiner Jurisdiction ungebührlich eximiren und ihn nicht für ihr Haupt und Obrigkeit anerkennen, *quod foret contra scripturam et Evangelium date Caesari, quae sunt Caesaris,* eine Vorschrift, die in den mannigfaltigsten Varianten auch später wiederkehrt.[39])

Der Zweck und die Wirkungen dieser Verstärkung der landesfürstlichen Justizcollegien durch Kammerräthe liegen auf der Hand und sind übrigens actenmässig bezeugt. Die Zulässigkeit gerichtlicher Cognition über die Rechtmässigkeit der Verwaltungsacte der unteren landesfürstlichen Beamten auf Klage der von denselben betroffenen Unterthanen ist ein Grundsatz, der in der Rechtsüberzeugung der damaligen Zeit so fest wurzelt, dass selbst die gegenüber den Ständen siegreiche landesfürstliche Gewalt an demselben nicht zu rütteln wagt, ja vielleicht selbst von ihm beherrscht wird. Diese Beamten sind aber meist zugleich auch Finanzbeamte. Erwägt man nun, dass dieselben ihre Instructionen von den Länderkammern und von der Hofkammer als den vorgesetzten Dienstbehörden empfangen,

---

[38]) Artikel Hof-Kammer, S. 253 f. Nach der bei Suttinger, a. a. O. S. 712, mitgetheilten Interims-Instruction für die n.-ö. Regierung und Kammer, sitzen die Regimentsräthe auf der einen, die Hofkammerräthe auf der anderen Bank und die Umfrage geht vom Statthalter aus.

[39]) Beckmann, a. a. O. S. 269; Rescr. v. 5. Dec. 1668, v. 27 Nov. 1694, 13. April 1703, *Cod. Austr.*, 1, S. 615, 617, v. 27. April 1730, a. a. O. S. 617.

Digitized by Google

und dass die Berufung auf eine solche Instruction die Zulässigkeit gerichtlicher Ueberprüfung des instructionsmässig vorgenommenen Verwaltungsacts nicht ausschliesst, so ist die Judicatur über diese Verwaltungsacte, wenn auch nicht der Form nach, so doch in ihrem praktischen Erfolge eine Judicatur über Acte der höheren und höchsten Finanzverwaltung. Das legt aus doppelten Gründen die Besorgniss nahe, dass die Finanzverwaltung durch die Gerichte lahmgelegt werden könne. Die Hebung der unmittelbaren Einnahmen der Landesfürsten ist nicht immer auf verfassungsmässigem, also rechtmässigem Wege erfolgt, und selbst eine rechtmässige Vindication in Vergessenheit gerathener Einkünfte trug in jenen Fällen, in welchen auch der ständische Adel von derselben betroffen wurde, wenig dazu bei, sie demselben erträglicher zu machen. Von dem Adel der Länder der böhmischen Krone und auch der niederösterreichischen Ländergruppe bezeugen es die immer wiederkehrenden Ordonnanzen, dass derselbe einerseits die Gefällshinterziehungen auf seinen Gütern schwungvoll betrieb und selbst vor Verübung von Mord und Todschlag an den niederen Gefällsorganen nicht zurückscheute, dass andererseits die ständisch besetzten Landes-Regierungs- und Justizcollegien jede nach ihrer Ueberzeugung vorliegende Ueberschreitung der Amtsgewalt seitens der Gefällsorgane ganz so, wie auch das Pariser Parlament gegen die *commissaires departis* und den *intendants* verfuhr, mit drakonischer Strenge ahndeten.[40]) Aber selbst abgesehen von dieser Be-

[40]) Pat. Leopolds I. vom 18. März 1674 und vom 26. September 1699 im *Codex Austr.*, II, S. 366 und I, S. 102, dann ein Pat. vom 3. April 1630 in der Sammlung der wichtigsten und nötigsten Kayser- und Königlichen auch Hertzoglichen Privilegien, Statuten, Reskripten und pragmatischen Sanctionen des Landes Schlesien (aus den publicirten Patenten des Oberamts und Archivs zusammengetragen), I, S. 608, CCIV und S. 591 f. Ueber das höchst summarische Vorgehen des mährischen Tribunals gegen einen Zolleinnehmer wegen einer ihm zur Last gelegten rechtswidrigen Beschlagnahme eines Pferdes berichtet Elvert, Zur österr. Finanzgeschichte, S. 386. Eine ständige Rubrik bildet die Klage der Finanzbeamten über die Lässigkeit der landesfürstlichen Gerichte in der Gewährung von Rechtshilfe für die Eintreibung von Steuerforderungen. Nicht wenig mag zu der socialen Geringschätzung der unteren Finanzbeamten durch die mit Adeligen besetzten Gerichte und Regierungen die Thatsache beigetragen haben, dass trotz des Einwands des böhmischen Landtages, es sei hiefür die Zustimmung des Grundherrn erforderlich, auch Unterthänige für diesen Zweck verwendet wurden, a. a. O. S. 336.

Digitized by Google

kämpfung der Finanzverwaltung mit gewaltsamen Mitteln ist zu besorgen, dass Finanzrechtssachen durch Collegien, welche nur aus nicht nothwendig rechtskundigen Cavalieren[41]) und aus Pandektenmännern bestehen, eine ihrem Wesen angemessene Behandlung nicht erfahren werden. Es handelt sich nun darum, die Finanzverwaltung gegen diese Gefahren zu schützen. Die dem geklagten Beamten zu Gebote stehenden Rechtsmittel nützen nichts, wenn der Process durch seine Rechtsunkunde und Unbeholfenheit verfahren worden ist, und mag ihm selbst der Kammerprocurator zur Seite stehen, so fehlt es an einer Bürgschaft, dass dieser seine Pflicht vollkommen erfülle. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als die Schutzvorkehrungen zu Gunsten der Finanzverwaltung gegenüber den landesfürstlichen Verwaltungsgerichtscollegien in die Organisation dieser selbst zu verlegen, und das geschieht dadurch, dass die Finanzcollegien befugt und verpflichtet werden, Räthe ihres Gremiums zur Theilnahme an der Urtheilsschöpfung der Regierungen in Cameralsachen zu delegiren. Diese Kammerräthe sind in der Lage, die Mitglieder der Regierungen über Dinge aufzuklären, welche ihrem Verständnisse ferne liegen und die mangelnde Kenntniss derselben von den Rechtsquellen des Finanzrechts wett zu machen. Sie können, da sie nur Repräsentanten, richtiger Mandatare der sie delegirenden Finanzcollegien sind, in schwierigen Angelegenheiten die Aussetzung des Urtheils verlangen, um sich genauere Weisungen der sie entsendenden Behörde für ihr Verhalten einzuholen; sind sie überstimmt worden, so können sie durch ihren Bericht einen Auftrag ihrer Behörde an den Kammerprocurator erwirken, die bis nach Hof gehenden Rechtsmittel zu ergreifen und die persönliche Gerichtsbarkeit

[41]) Der bei Buchholtz, 8, S. 23, erwähnte Lazius erklärt die Thatsache, dass die Zahl der in der n.-ö. Regierung Ferdinands I. sitzenden Cavaliere nicht bestimmt sei, damit, dass Kenntnisse und Fleiss in dieser Ordnung selten sind. Ein Decret Karls VI. von 1736 bezeichnet es als eine neue Einführung dieses Kaisers, dass jeder bei den Regierungen anzustellen kommende Rath sowohl auf der Ritter- und Gelehrten- als auch der obern oder s. g. Herrn-Bank, bevor selber zur Pflicht gelassen und installiret werde, eine Prob-Relation ablegen solle, behält jedoch auch im Falle der Unzulänglichkeit des Candidaten die Entscheidung dem Hofe vor. Bidermann, II, S. 302, Anm. 178.

Digitized by Google

des Landesfürsten anzurufen. Noch unter Maria Theresia scheut die durch den Kammerrepräsentanten über die Vorgänge in den Verwaltungsgerichtssitzungen der niederösterreichischen Regierung informirte Hofkammer nicht davor zurück, jene wegen Vernachlässigung ihrer Pflichten und wegen Parteilichkeit zum Nachtheil der fiscalischen Interessen höchstenorts zu denunciren.[42])

Man hat es hier nicht mit einer der habsburgischen Organisationspolitik unterlegten, den Herrschern gar nicht zum Bewusstsein gekommenen Berechnung, sondern mit einem klar erkennbaren planmässigen, zielbewussten Vorgehen derselben zu thun. Am deutlichsten beweist dies die Instruction für die niederösterreichische Regierung vom Jahre 1625[43]) durch die in derselben enthaltene Bestimmung, dass, wenn Regierung und Cammer zwispaltig sind, wegen einer Erkanntnuss, sie die Sachen nacher Hof gelangen lassen. Das ist folgendermassen zu verstehen: Die durch Kammerräthe verstärkten Justizcollegien der Regierung führen die Bezeichnung Regierung und Cammer. Die Kammer wird in denselben durch die von ihr entsendeten Räthe repräsentirt. Da nun im Fall des Mangels einer ähnlichen Bestimmung wie der hier citirten die Kammer durch die Regierung überstimmt werden könnte, so theilt die Instruction für die niederösterreichische Regierung das Collegium der Regierung und Kammer in zwei Curien, in jene der Regierungs- und Justizräthe einerseits und in die der repräsentirten Kammer andererseits, welche beide in ihren Voten übereinstimmen müssen, um ein wirksames Urtheil schöpfen zu können. Kommt keine Uebereinstimmung zustande, dann ist der Fall eines *votum ad imperatorem* wegen obwaltender Stimmengleichheit gegeben, es devolvirt die Entscheidung an den Landesfürsten. Kraft dieser Bestimmung sind also bei der Urtheilsschöpfung in Kammersachen Kammer und Regierung, gleichberechtigt, beide Collegien werden in das Verhältniss der Concertation gesetzt, und deshalb wiegt das Votum selbst nur eines die Kammer repräsentirenden Mitglieds derselben als Kammervotum ebensoviel als das ihm entgegenstehende, selbst einhellige Votum der Regierungs- und Justizräthe.

[42]) Der actenmässige Beweis für diese Behauptung wird an späterer Stelle erbracht werden.

[43]) Suttinger, *Consuetudines*, S. 656.

Digitized by Google

Das ist geradezu eine gegen die Justiz gerichtete Sperrvorrichtung zur Sicherung der landesfürstlichen Interessen durch Herbeiführung der Cabinetsjustiz und somit die stärkste Belastungsprobe, welche je dem Unabhängigkeitsgefühl des ständisch gesinnten und des gelehrten Richterthums in Deutschland auferlegt worden ist. Man begreift es deshalb, dass sich der Kampf gegen diese Lähmung der Justiz durch die Verwaltung bis auf Maria Theresia fortsetzte und dass die oberste Justizstelle in demselben trotz wiederholter, ihr von Seiten der Kaiserin zutheil gewordener Zurückweisungen sehr hartnäckig blieb.

Zu den Beweisen der Planmässigkeit in der Verstärkung der landesfürstlichen Verwaltungsgerichtscollegien gehört auch noch die Organisation der Landeshauptmannschaft für Oesterreich ob der Enns mittels der Instruction vom 17. October 1656, durch welche dem Landeshauptmann und den Landräthen für die Mitentscheidung in Kammersachen der Landesobereinnehmer und Landesfinanzcontrolor, nämlich der Vicedom, beigesellt wird[44]), sowie die schon erwähnte Vorschrift der böhmischen Hofkanzleiordnung Karls VI., dass über Justizsachen, welche fiscalische Sachen, das Aerar, dessen *Jura et Praerogativa* betreffen, unter Theilnahme eines oder mehrerer Hofkammerräthe beschlossen werden solle.

Fragen wir, wie es möglich war, dieses überwiegend aus ständischen Elementen sich recrutirende Richterthum in solche unwillkommene Bande zu schlagen, so liegt der Erklärungsgrund hiefür einmal in der Thatsache, dass es den habsburgischen Monarchen frühzeitig gelungen ist, theils auf unblutigem, theils auf blutigem Wege dem Grundsatze der Freiheit des Landesfürsten in der Organisation der Behörden für die Ausübung der ihm den Ständen gegenüber zukommenden Competenzen die verfassungsmässige Geltung zu sichern. Sind sie nun weit davon entfernt, bei der in Ausübung dieser Freiheit erfolgenden Besetzung ihrer Behörden die politische Bedeutung des Landesadels zu unterschätzen, so paralysiren sie dieselbe kraft eben dieser Freiheit durch die hier geschilderte Verbindung des aus dem Landesadel entnommenen Beamtenthums mit einem solchen, dessen Bedeutung mit dem Fortschreiten des absolu-

[44]) A. a. O. S. 412 f., 414.

Digitized by Google

tistischen Centralismus wachsen muss, und welches deshalb mit Leib und Seele dieser Richtung der Politik ergeben ist.[45]) Auf der anderen Seite wird aber die Prätention des landesfürstlichen Adels, dass nur Landleute zur Ausübung der landesfürstlichen Gerichtsgewalt verwendet werden dürfen[46]), der Form nach in der Weise gewahrt, dass die frei von jeder Rücksicht auf das Ständethum gebildeten Finanzcollegien niemals für sich allein Justizgewalt auszuüben vermögen. Ihre Erledigungen mögen welchen Inhalt immer haben, sie sind kein Urtheil eines Gerichts. Nur mittels ihrer Verbindung mit den Justizcollegien kann sich die Justizgewalt derselben auf die Mitglieder der Finanzcollegien ergiessen.[47]) Das

[45]) Eine eingehende Darstellung der Geschichte der Wiener Hofkammer würde für diese Behauptung reichliche Belege bieten. Hier wird verwiesen auf Bidermann, I, S. 29, S. 88, N. 29; II, S. 23. Besonders hervorzuheben sind der Hofkammervicepräsident Quintin Graf Jörger, welcher 1681 bei dem Kaiser für die Befolgung einer starren absolutistischen Politik gegenüber den Ständen, insbesondere für eine executive Erzwingung der Steuerbewilligung (!) und für die selbständige Ausschreibung einer Vermögenssteuer eintritt und in einem 1684 auf 1685 an den Kaiser erstatteten Berichte unter gleichzeitiger Denuntiation der particularistischen Bestrebungen des österr. Hofkanzlers Freiherrn von Hocher die Unterordnung der o.-ö. Hofkammer unter die Wiener nach dem Beispiele des Vorgangs mit der innerösterr. vorschlägt (a. a. O. I. S. 142, N. 83, S. 143 f., N. 87, S. 147, N. 92); dann der Hofkammerpräsident Gundaker Graf Starhemberg, welcher bald nach dem Regierungsantritte Karls VI. zu einer consequenten Centralisation der Finanzverwaltung für alle habsburgischen Länder räth, und 1714 auf Grund eines von Salm und Stella ausgearbeiteten Berichtes dem Kaiser einen Vortrag erstattet über die Einberufung Delegirter aller Landtage für die Vereinbarung eines äqualen beständigen Steuerfusses und eines Reglements *in Regalibus*. Hiezu sollen auch Vertreter des gemeinen Mannes evocirt werden, weil es ein im Erzhause Oesterreich stets befolgter, auch von getreuen auf beständigen Wohlstand zielenden Räthen und Dienern im Auge zu behaltender Grundsatz sei: *sub specie libertatis populum regere*, a. a. O. II, S. 28, 36.

[46]) Vgl. oben Anm. 3, 5.

[47]) Zutreffend formulirt dieses Verhältniss Beckmann, a. a. O. S. 253 f. dahin, dass streitige Cameralsachen von der Regierung *concurrentibus tribus Dominis Camerae* decidiret werden. Deshalb wird auch mittels der Instruction von 1524 und 1534 dem n.-ö. Hofrath allein die Zuständigkeit zugesprochen, in Streitigkeiten zwischen Pfandherren und Pflegern einerseits und Urbarleuten andererseits wegen Gewaltüberschreitung und Prägravation förmliche Verhörtage anzusetzen, und die bisher bestandene Competenz der n.-ö. Kammer für ein solches Verhör beseitigt, Rosenthal, a. a. O. S. 161.

Digitized by Google

ist ein Grundsatz, bei dessen Vertretung die Regierungen auch die Unterstützung der Landesfürsten finden. So soll nach einem von Suttinger mitgetheilten, aus dem Jahre 1614 stammenden Rechtssatz die Hof-Cammer der N.-Ö. Regierung in Cammer-Justiz Sachen nicht eingreiffen, noch ihr etwas praescribiren.[48]) Und eine kaiserliche Resolution vom 20. Juni 1616[49]) spricht im Streite zwischen Kammer und Regierung ersterer die von ihr in Anspruch genommene Competenz ab, Finanzbeamte für gerichtliche Zwecke als Zeugen zu vernehmen und erkennt dieselbe auch für die Zwecke eines Fiscalprocesses nur der Regierung zu. Wenn uns deshalb Beckmann mittheilt, dass die Hofkammer mit den *contrabanden* und *confiscation nomine imperatoris* allein zu handlen habe[50]), so will damit keinesfalls der Hofkammer die Bedeutung eines Gefällsgerichtes zuerkannt sein, sondern man hat es nur mit einer Hindeutung auf die Zuständigkeit der Hofkammer für die Entscheidung von Beschwerden und Gnadengesuchen in Contrabandsachen zu thun, wie sie gegenwärtig den höheren Finanzbehörden zukommt. Die Executivorgane der Finanzverwaltung dürfen unter den im vorhinein gesetzlich aufgestellten Voraussetzungen zur Hintanhaltung der Contrabands[51]) die den Gegenstand desselben bildenden Waaren und ausserdem die ihrem

---

[48]) Suttinger, *Consuetudines*, S. 68.

[49]) A. a. O. S. 69 f. Nach einer Resolution Karls VI. von 1718 kommt der Vorschlag der Besetzung der Präsidentenstelle bei der Prager Kammer zwar der Wiener Hofkammer zu, allein die Beeidigung als staatshoheitlicher Act ist durch den böhmischen Hofkanzler vorzunehmen, Bidermann, a. a. O. I, S. 130, N. 52.

[50]) *Idea juris*, S. 253 f.

[51]) Unter Contraband ist nicht nur die Hinterziehung des Zolles oder sonstiger öffentlicher Abgaben zu verstehen, sondern auch die Uebertretung jedes die Production, die Consumtion, den Handel und den Transport von Waaren betreffenden Verbotes, welches unter der Sanction der Confiscation der verbotswidrig erzeugten, verbrauchten, abgesetzten, transportirten Waaren steht. Contraband ist also z. B. die Uebertretung des von Maximilian 1511 im Interesse der Hintanhaltung der Holzschwendung und der Sicherung des Kriegsbedarfs erlassenen Verbotes, ohne obrigkeitliche Bewilligung Holz in Südtirol nach Italien zu flössen (vgl. oben §. 4, Anm. 89), oder die Uebertretung der zu gemeinem Nutzen erlassenen Bestimmungen der Bansgrafenordnung gegen den die Fleischpreise bis zur Unerschwinglichkeit vertheuernden Zwischenhandel mit dem von Ungarn nach Oesterreich kommenden Vieh, Buchholtz, 8, S. 277.

Digitized by Google

Zugriff eröffneten Fahrnisse des Angehaltenen zur Sicherstellung des fiscalischen Anspruchs auf Strafe mit Beschlag belegen. Der fiscalische Anspruch ist Anspruch des Landesfürsten, zu dessen Vermögen gehörig. Die Verfügung über denselben durch Verzicht, Nachlass ressortirt in das Gebiet der Finanzverwaltung; desgleichen die administrative Aufsicht über die niederen Finanzorgane, kraft welcher die höheren Finanzbehörden Amtshandlungen derselben vernichten können. Es kann deshalb der von der Confiscation seitens eines niederen Finanzorgans Betroffene die Finanzaufsichtsbehörde angehen mit der Bitte um Nachsicht, Nachlass der Strafe oder mit den Beschwerdeantrag auf Cassation des unterbehördlichen Act von Aufsichtswegen. Nur um dieses Nachlass-Ablassungsverfahren und um das Verfahren auf Verwaltungsbeschwerde handelt es sich hier. Anders steht die Sache, wenn der sich durch die Beschlagnahme verletzt Fühlende sein Recht im Wege der Klage gegen denjenigen Beamten geltend machen will, der die Confiscation vorgenommen hat, und die Verurtheilung desselben zur Herausgabe der mit Beschlag belegten Gegenstände begehrt[52]), oder wenn umgekehrt die thatsächlichen Voraussetzungen für den executiven Zugriff des Finanzbeamten behufs Sicherstellung des fiscalischen Anspruchs und insbesondere auch des Anspruchs auf unmittelbare Leistung der Gefällsstrafe fehlen und nur der Weg der Klage auf diese Leistung oder auf Herausgabe des Contrabands[53]) übrig bleibt. Für die Entscheidung über solche Klagen ist in beiden Fällen nicht die Kammer, sondern nur die Regierung und Kammer zuständig. Denn es handelt sich in beiden Fällen um die Erwirkung eines gerichtlichen Urtheils. Das besagt die Resolution vom 20. April 1674[54]), nach welcher die niederösterreichische Regierung und Cammer bei ihren in Contraband-Sachen und andern *Causis Fiscalibus* competirenden Instanz und

[52]) Vgl. den in §. 5, Anm. 43 erwähnten Fall einer Klage gegen den Hansgrafen auf Herausgabe eines rechtswidrig abgenommenen Getreideaufschlags.

[53]) Darauf deutet die bei Suttinger, a. a. O. S. 114 vorkommende Marginalrubrik hin: wie und was Gestalt die allbereit in ander Land vercontrabandirte Güter können vendicirt werden.

[54]) Suttinger, *Additiones Consuetudinum Austriacarum*, S. 19, *Cod. Austr.*, I, S. 617.

Digitized by Google

der wohl-hergebrachten *Posess* nach fernershin unperturbirt gelassen werden soll, und die Mittheilung Beckmann's, dass alle *ad contradictorium* kommenden Cameralhändel von der Regierung *concurrentibus Dominis Camerae consiliariis mediante procuratore camerae* deeidiret werden.[55]) Man hat es hier zu thun mit einem Gegensatze ähnlicher Art, wie er besteht zwischen der Abhilfe gegen rechtsverletzende Verwaltungsacte *par la voie gracieuse* und *contentieuse* im französischen Verwaltungsrecht oder zwischen einer solchen Abhilfe auf vorangegangene Verwaltungsbeschwerde oder auf verwaltungsgerichtliche Klage oder Beschwerde im modernen deutschen Verwaltungsrecht, auf welchen auch die Competenzbestimmung des Innsbrucker Libells zu deuten ist, dass der Hofrath berufen sei, für alle „Parteihändel, die betreffen *Justiciam* oder Beschwerungen oder Förderung oder Gnaden und Gaben". Es ist dies der Gegensatz zwischen der Abhilfe, die sich vollzieht ohne Parteienverhandlung mittels Aufhebung des Verwaltungsactes einer Unterbehörde durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde und jener, welche geboten wird seitens eines Gerichts oder einer gerichtsähnlich organisirten Behörde mittels förmlichen Urtheils über die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsacts auf Grund eines Streitverfahrens zwischen der den Verwaltungsact setzenden Behörde, beziehentlich dem sie vertretenden Kammerprocurator und der den Act anfechtenden Partei. Dieser Gegensatz zwischen administrativem und verwaltungsgerichtlichem Verfahren besteht auch in jenen Fällen, in welchen nicht eine Privatpartei, sondern der Fiscus als Provocant desselben auftritt. Ein für Innerösterreich erlassenes Rescript vom 20. December 1675[56]) veranschaulicht denselben in hohem Grade. Danach ist zu beachten, dass, wenn eine Clag wegen contrabande entstehet, selbige nicht anfänglich für der Regierung und Hoff-Kammer gelangen, sondern erst für die Hoff-Kammer allein eingebracht werden, und erst, wo sie daselbst nicht füglich, *sine judicii strepitu* kan beygeleget werden, ist diese *contrabanda controversia*, durch den Kammer Procurator vor der Hochlöbl. J. O. Regierung und Hoff-Kammer

[55]) *Idea juris*, S. 254.

[56]) A. a. O. Artikel Contrabande, S. 81.

Digitized by Google

publice zu proponiren und ventiliren, umb darüber einen gerichtlichen Spruch zu erwarten. Und auf denselben Gegensatz weist die Bemerkung Beckmann's hin, dass das Grazer Postamt der jurisdiction der Hof Kammer *extra causas in judicio contravertendas* unmittelbar unterworfen sei, wogegen, wenn Postsachen pro und contra vor Gericht sollen ventilirt werden, solches vor Regierung- und Hoff-Kammer *conjunctim* geschehen muss.[57]) Es scheint in beiden Fällen Erledigung einer Fiscalsache im administrativen Verfahren als Voraussetzung der Einleitung des verwaltungsgerichtlichen aufgestellt gewesen zu sein. Sicher aber ist das Eine: dass eine Fiscalsache ihre Erledigung durch die Hofkammer erfahren hat, bildet kein Hinderniss für die Austragung derselben im gerichtlichen Wege.[58]) Denn die Hofkammer hat, um mit den niederösterreichischen Hofrathsordnungen Ferdinands I. zu sprechen, keine macht und gewalt in dem, was *justicia* betrifft, zu handlen, sie kann nur *sine strepitu judicii*, *extra causas in judicio contravertendas* vorgehen, ihre Erledigungen haben nicht die Bedeutung eines *judicii*, sie sind keine Judicate.[59])

So wenig die Finanzcollegien Justizgewalt besitzen, so wenig kommt ihnen eine über den Kreis der ihnen untergebenen Beamten hinausgehende, die Unterthanen umfassende Verordnungsgewalt zu. Denn diese kann nur eine ver-

[57]) A. a. O. Artikel Post Ambt, S. 349.

[58]) Auch das noch gegenwärtig geltende Patent vom 12. Juni 1838, J. G. S. Nr. 280, ordnet in den §§. 45 und 46 ein administratives Vorverfahren über Ersatzansprüche an die Post an.

[59]) Vielleicht ist in diesem Sinne die Behauptung Rosenthal's, a. a. O. S. 132, zu modificiren, dass den Rechnungskammern Ferdinands I. die finanzielle Rechtssprechung zugekommen wäre. Die Competenz, in Parteisachen zu interveniren, bedeutet, soweit der Sprachgebrauch dieser Zeit in Betracht kommt, nur eine Competenz zur Erledigung von Angelegenheiten, an welcher Parteien betheiligt sind. Der Begriff der Parteisache fällt also nicht mit dem der Justizsache zusammen. Wenn eine Angelegenheit als Justizsache bezeichnet werden soll, wird der Ausdruck *Justicia* oder *contradictorium* verwendet So scheidet schon die Innsbrucker Hofhaltungsordnung die Partheyenhändel, die betreffen *Justitiam* oder Beschwärungen oder Forderung zu unserem Cammerguet oder Gnaden und Gaben. Indess scheinen die Finanzbehörden wiederholt Versuche unternommen zu haben, zur Anerkennung als Justizbehörden zu gelangen. Denn noch eine Resolution vom 28. September 1703, *Cod. Austr.*, I, S. 618,

Digitized by Google

fassungsmässige sein, und die Finanzbehörden stehen, weil centralistisch, ausser der Verfassung.[60]) Sie müssen deshalb die verfassungsmässigen Landesbehörden wegen Erlass solcher Verordnungen angehen.[61]) Dasselbe gilt aber auch von der Publication verbindlicher Anordnungen auf dem Gebiete des Finanzwesens.[62]) Auch die Verhandlungen mit den Ständen

---

erachtet es für nöthig, die der Regierung und Kammer in allen *causis fiscalibus* und anderen *Cohaerenten* Vorfallenheiten competirende, sowohl *in petitorio* als *in possessorio* haubtsächlich fundirte Gerechtsambkeit zu betonen. Unklar ist die Stellung der Hofkammer unter Ferdinand I. zur Finanzrechtspflege. Einerseits soll sich nach der Hofrathsordnung von 1541 und 1559 die Zuständigkeit des Hofraths erstrecken auf alle *justici* und parteienhändel (ausserhalb deren, so vinanzsachen und unser chamerguet belangen). Andererseits sind nach der Hofkammerordnung von 1537 (Rosenthal, a. a. O. S. 192) nur die Regierungen und der Hofrath für die Verhängung von Strafen und Confiscationen zuständig ohne weitere Scheidung, ob es sich um Finanzstrafrechtspflege handelt oder nicht. Nach Fellner, Zur Geschichte der österr. Centralverwaltung, S. 277, wäre damals der Instanzenzug in Fiscalprocessen vom Vicedom an die Raitkammer und von dieser an die Hofkammer gegangen. Vielleicht verwechselt er die Beschwerden in Fiscalsachen mit Fiscalprocessen. Sicher ist es, dass in späterer Zeit den Hofkanzleien und nach diesen der Justizstelle die Finanzrechtspflege in höchster Instanz zugewiesen wird, ohne dass dabei eines Uebergangs dieser Competenz von der Hofkammer Erwähnung geschieht.

[60]) Deshalb werden die Finanzbehörden auch *officia extranea, accessoria* genannt, Bidermann, I, S. 45, Abs. 3, II, S. 153, N. 80, S. 161, N. 35. Schon eine Resol. vom 23. Mai 1592, mitgetheilt bei Suttinger, a. a. O. S. 343, bedeutet der Hofkammer, dass sie mit der n.-ö. Regierung nichts zu „schaffen" habe, da diese dienstlich nur dem Hof unterstehe, durch welchen allein die Correspondenz zwischen Hofkammer und Regierung hergestellt werde. Vgl. A. 16.

[61]) Bidermann, I, S. 48. Am 31. Jänner 1657 ersucht die Wiener Hofkammer die böhm. Hofkanzlei um Vorkehrungen zur besseren Conservirung und Wiedererhebung der kais. Mauthgefälle in Mähren, Elvert, Zur österr. Finanzgeschichte, S. 334. Auch die Länderkammern können nach aussen verbindliche Anordnungen nur in Verbindung mit den Regierungen erlassen, Bidermann, II, S. 243, N. 47, S. 292, N. 127, S. 317 f., N. 226. Instructionelle Bestimmungen für die Unterstellen ihres Ressorts zu erlassen, kam selbstverständlich den Finanzcollegien zu, a. a. O. II, S. 68, 310, N. 201.

[62]) Bidermann, I S. 48, II, S. 68, *Cod. Austr.*, IV, S. 515, 678, 730, 949, 1062. Das Pat. v. 11. Juli 1741 schärft ein, dass auch in Kameralsachen ohne vorläufige a. h., durch die Hofkanzlei ergehende Anordnung Patente weder gedruckt noch publicirt werden dürfen, Elvert, a. a. O. S. 213. Publicationsorgan der Monarchen sind also auch in Kameralsachen die Hofkanzleien. Ebenso reservirt ein Rescr. v. 14. Febr. 1750, *Codex Austr.*, V, S. 481 f., welches schon deutlich zwischen allgemein verbindlichen Normen und Verwaltungsinstructionen

Digitized by Google

über die landesfürstlichen Postulate auf den Landtagen, die Prüfung der Beschwerden in Sachen der landständisch bewilligten Steuern kommt, wie bereits an früherer Stelle hervorgehoben wurde, nicht den Kammern und in höchster Instanz nicht der Hofkammer als einem *officium extraneum*, sondern den Regierungen [62]) und der Hofkanzlei zu.

VI. Abschnitt.

§. 10. Der Fiscal oder Kammerprocurator.

Wir befinden uns mit unserer Darstellung in der Epoche der Auflösung der einheitlichen Staatsgewalt in lauter Hochheiten, Obrigkeiten, Herrlichkeiten des Landesfürsten [1]), deren Inhalt und deren Grenzen aus dem objectiven Recht in seinen verschiedenen Erscheinungsformen zu erkennen ist. Ausserhalb der Grenzen dieser Hoheitsrechte hat der Landesfürst gegenüber den Unterthanen keine Rechte. Ueberschreitet er dieselben, so ist er zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet. Gestattet ihm der Rechtsinhalt des Hoheitsrechtes keinen unmittelbaren Eingriff in die Freiheit und das Vermögen des Unterthans, so muss er den Weg Rechtens beschreiten, um zur Befriedigung seines hoheitlichen Anspruches zu gelangen. Die Folge dieser Auffassung ist, dass der Landesfürst vor seinen Gerichten Recht geben muss, wenn ihm eine Ueberschreitung seiner Hoheitsrechte zur Last gelegt wird, und dass

---

scheidet, die Publication der ersteren den Repräsentationen als Nachfolgern der Regierungen. Vgl. auch Beer, Die Finanzverwaltung Oesterreichs 1749—1816 im XV. Bd. der Mittheilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, S. 246 f.

[62]) In Böhmen und Mähren werden seit der Mitte des 17. Jahrhunderts Unterthansbeschwerden gegen die Grundherrschaft wegen Ueberbürdung bei der Auftheilung und Hebung der Contribution vor die Hofkanzlei, beziehentlich die mährische Landeshauptmannschaft auf Grund der vernewerten Landesordnung gewiesen, Elvert a. a. O. S. 308. In den n.-ö. Ländern dagegen ist schon 1527 dem Unterthan in allen Fällen, wo er von seiner Obrigkeit Billigkeit nicht zu erhalten vermag, der Weg zur Regierung eröffnet. Buchholtz, 8. Bd., S. 24, Anm. Vgl. auch oben §. 5, Anm. 48. Es ist also die Einrichtung der streng landesfürstlichen Rechtshilfe gegen diese Prägravationen von den deutschen in die böhmischen Länder übergegangen, während die Einrichtung des Kreisam's den umgekehrten Weg nimmt.

[1]) Rapp, a. a. O. S. 186, Regimentsordnung von 1502. Oesterr. Zeitschrift, S. 235.

Digitized by Google

er sein Recht vor diesen Gerichten suchen muss, soferne dasselbe nicht mit unmittelbarer Vollstreckbarkeit ausgestattet ist.[2]) Freilich ist der so dem Unterthan gegenüber der landesfürstlichen Gewalt gewährte Rechtsschutz ein precärer einerseits deshalb, weil er vor den der Unabhängigkeit entbehrenden landesfürstlichen Gerichten gesucht werden muss, und weil der Landesfürst befugt ist, die ihm zukommende Gerichtsgewalt persönlich auszuüben, andererseits deshalb, weil die dem Landesfürsten zukommende, alles positive Recht durchbrechende Billigkeitsjustiz eine Verschmelzung der richterlichen und gesetzgebenden Gewalt des Landesfürsten zur Folge hat.

Indess wird schon früh die Unvereinbarkeit der Rechtsstellung des Landesfürsten als des Trägers der höchsten Gewalt im Lande mit der persönlichen Ausübnng der Parteienthätigkeit vor den Gerichten erkannt.[3]) Der Landesfürst agirt deshalb vor den Gerichten durch anfänglich nur von Fall zu Fall, später durch einen für diesen Zweck ständig aufgestellten berufsmässigen Beamten, nämlich durch den Fiscal oder Kammerprocurator. In dieser letzteren Gestalt begegnet uns die Vertretung des Landesfürsten als Partei unter Maximilian I. Ohne den Fiscal oder Kammerprocurator hätte die Behörden-

[2]) „Als wer zu uns zu sprechen hat", heisst es im Innsbrucker Libell, „das der solliches vor unsern Regimenten suechen, und vor denselben gietlichs oder rechtlichs austrags gewarten und begniegig sein soll. Wo aber wier als Herr und Landtsfirst zu unsern lantleithen und Unterthonen in gemainen Handlen zu sprechen haben, so sollen wier sollich unser Vordrung, wo wier der nit gietlich zufrieden gestelt, oder betragen werden migen, in der ersten Instanz vor einem jeden ordentlichen gericht in den Landen inhalb der Landts Freihaiten Gebrauch und Herkhomen durch unseren Camerprocuratorn ... suechen und rechtsfertigen ... aber hierin ausgeschaiden ... die Handl so unsre Hochhait, Obrigkhaiten, Herrlichkhaiten ... Ambter berieren, die auch vor unserm Hofrath, oder Regimenten gerechtfertigt werden sollen ..." Rapp, a. a. O. S. 186. Steir. Landhandf., S. 48. Vgl. auch die weiter unten im Texte citirte Stelle aus Dr. J. Frankfurter's Comerprocuratorsgewalt von 1523.

[3]) Auch nach Beckmann, S. 253, werden Klagen gegen die Person des Landesfürsten behufs Wahrung der landesherrlichen Würde, formell gegen den Kammerprocuratur gerichtet, welcher aufgestellt sei, *ut interesse Caesareum active et passive salva dignitate Caesarea* observire. Hieher gehört auch die Vorschrift einer n.-ö. Hofrathsordnung Ferdinands I., es solle ein gegen den Kaiser ausgefallenes Urtheil nicht früher verlautbart werden, als nicht der Kammerprocurator höflich ermahnt sei, sich in einen Vertrag zu begeben oder den König zu einem Vertrage zu bewegen. Buchholtz, a. a. O. Bd. 8, S. 326.

Digitized by Google

organisation dieses Kaisers eine klaffende Lücke aufzuweisen. An einen Vertreter von Fall zu Fall war von dem Zeitpunkte an, in welchem Mittelstellen zur Ausübung fast der vollen Competenz des Landesfürsten aufgestellt wurden, umsoweniger zu denken, als sich die Verwaltung zu einem grossen Theil auf Grund der Entscheidungen von Processen vollzog, in welchen dem Landesfürsten bald die Stelle des Klägers, bald die des Geklagten zukam, und als ferner die durch den Bestand der neuen Behörden herbeigeführte Stetigkeit der Verwaltung ein berufsmässiges Beamtenthum für die Vertretung der landesfürstlichen Interessen in diesen Processen gebieterisch erheischte. Wir finden deshalb des Fiscals, allerdings noch alternativ neben anderen zur gerichtlichen Vertretung des Landesfürsten dienenden Personen, schon in dem Bestallungsdecrete Maximilians I. für Simon von Hungerspach aus dem Jahre 1491 [4]) gedacht, worin letzterer angewiesen wird, alle die, so sich ansleg, steur und schatzungen in ... unsere erblichen landen und all ander unbezalt gelt nach erforderung durch seinen anwalde zu geben sperren oder widern wurden, darumb durch den fiscal ... mit recht furzunehmen und die zu der gemelten bezalung wie sich geburt zu bringen. Schon an früherer Stelle wurde eines Gutachtens des niederösterreichischen Kammerprocurators gedacht, welches in dem Antrage gipfelt, zur Beschleunigung des Processganges über den Anspruch des Kaisers auf Bezahlung des Ungelds gegen die Leute von Gars den Ausschank der dieser Abgabe unterworfenen Getränke bis zur Entscheidung über den Process zu verbieten.[5]) Allein überdies lässt uns der Widerstand der niederösterreichischen Stände im Jahre 1502 [6]) gegen das Amt des Fiscals und die Antwort Maximilians auf dem Ausschusslandtage von Augsburg [7]) auf die gegen

[4]) Adler, a. a. O. S. 508. Nach Luschin, Oesterr. Rechtsgeschichte, S. 272, gab es einen Fiscal schon unter Erzherzog Sigismund in Tirol.

[5]) Oben §. 4, Anm. 92.

[6]) Krones, Vorarbeiten zur Quellenkunde und Geschichte des Landtagswesens in Steiermark, Beiträge zur Kunde steiermärkischer Geschichtsquellen, VI, S. 80.

[7]) Gedacht wird des Fiscalambts schon im Nürnberger Libell, Kärnthn. Landhandf., S. 46. Mittels des Augsburger Libells erklärte Maximilian das Amt des Fiscals als unentbehrlich, nachdem ihre Majestät ainen haben muss, der ire

Digitized by Google

dasselbe erhobene ständische Beschwerde deutlicher als solche fallweise Erwähnung das Amt des Fiscals als einen integrirenden Bestandtheil des Behördenorganismus erkennen und unterstützt die Anhaltspunkte für die Annahme, dass für denselben wegen der Tragweite seiner Functionen schon 1500 eine förmliche Instruction ertheilt worden sei.[8]) Vielleicht, dass die Bestimmungen derselben im Wesentlichen in „Dr. J. Frankfurters Camerprocurators gewalt", aus dem Jahre 1523[9]) also in die Instruction Ferdinands I. übergegangen sind. Danach soll Frankfurter „an unserer statt und von unsern wegen in allen unser Sachen, Klagen, Sprüchen und Forderungen, die wir haben oder gewinnen werden, es berühre unser Obrigkeiten, Herrlichkeiten, Gerechtigkeiten, Withum, Forst, Wildbann, Gejaid, Fischweiden, Strafen, Bussen, Zinsen, Renten, Nutzungen, Gülten, Zehent, Stift-Urbargüter, Confiscationen, Schulden oder andere unser Kammergüter, die seien Lehen oder Eigen, liegend oder fahrend, nichts ausgenommen, gütlich und rechtlich handeln und die von allen Personen zu fordern, welche uns solche auszurichten nicht vermeinen, gegen solche oder auch gegen ungehorsame Amtleute das Recht von unserm statthalter und Hofräthen suchen. Ruht diese Instruction noch ziemlich stark auf einer individualistischen Auffassung der verfassungsrechtlichen Stellung des Landesfürsten, so gelangt eine unter dem Einflusse der damaligen Rechtslehre:

Genaden im Rechten und sonst Handel nehmen lassen. Nur die Abschaffung des Namens Fiscal und Ersetzung desselben durch die Bezeichnung Kammerprocurator wird zugestanden. Kärnthn. Landhandf., S. 63. Formale Concessionen unter Festhaltung des Wesens einer für nothwendig erachteten Einrichtung bilden bis auf Karl VI. einen Grundzug der habsburgischen Politik *(regere sub specie libertatis)*, welche in einzelnen Punkten eine gewisse durch Tradition und Erziehung hervorgerufene Gesetzmässigkeit erkennen lässt. Man vergleiche die Zugeständnisse Maximilians I. in Betreff der Benennung seiner Behörden (Kammergericht statt Hofgericht, Adler, a. a. O. S. 253) mit jenem Concordate Josefs I., welches unbeschadet der centralistischen Verbindung der inneröesterr. Kammer mit der Hofkammer, der Empfindlichkeit der ersteren formale Zugeständnisse machte, Bidermann, II, S. 130 f., N. 35, 36. Die Politik radicaler Missachtung auch der den Ständen und Ländern werthvollen Formen wird unter dem Drucke der Zeit von Maria Theresia eingeleitet.

[8]) Rosenthal, a. a. O. S. 166, Anm. 3.

[9]) A. a. O. S. 170.

Digitized by Google

salus populi suprema et maxima lex esse debet [10]), geläutertere Auffassung der Stellung des Landesfürsten im Staate zur Geltung bei Beckmann [11]), welcher die Aufgabe des Kammerprocurators oder *fiscalis* dahin bestimmt, dass er Ihre Kayserliche Majestät Interesse, *jussu excelsi Regiminis et Camerae Caesareae in causis fiscalibus et criminalibus, quoad regalia, jura majestatis etc. accuratissime* zu beobachten habe, *ut auctoritas et interesse Caesareum et tranquillitas Reipublicae per omnia et in omnibus circumspecte observetur.* Dabei wird die Vertretung des Kaisers als Schirmherrn der Kirche und der *piae causae* besonders hervorgehoben. Erinnern wir uns ferner daran, dass nach Beckmann alle Kammersachen ihre gerichtliche Entscheidung durch Regierung und Kammer *mediante procuratore* finden [12]), so erscheint die Annahme begründet, dass der Kammerprocurator jedenfalls schon zum Ausgange des 17. Jahrhunderts die Vertretung der niedern Finanzorgane vor der Regierung und Kammer führte, wenn sie aus ihren Amtshandlungen vor denselben geklagt wurden.[13]) Im Uebrigen wird die Aufgabe des Procurators, den Landesfürsten als beklagte Partei vor den Gerichten zu vertreten, schon in der früher erwähnten Erledigung der Beschwerden des Augsburger Ausschusslandtags erkennbar angedeutet und von Beckmann ausdrücklich hervorgehoben.

Auf dem Gipfelpunkte seiner Entwicklung vereinigt das Amt des Fiscals, Procurators oder Kammerprocurators, an der gegenwärtigen österreichischen Behördenorganisation gemessen, folgende Functionen in sich: jene der österreichischen Finanz-

[10]) Beckmann, a. a. O. S. 381, Artikel *Ratio status*, d. i. Staatsraison.

[11]) Beckmann, a. a. O. S. 253, Artikel Kammerprocurator.

[12]) A. a. O. S. 269.

[13]) Die n.-ö. Raitkammerordnung von 1539 kennt eine Art Ueberwälzung der persönlichen Klage gegen einen Amtmann auf den Fiscus mittels *nominatio auctoris*, wenn der auf Herausgabe einer Domäne beklagte Amtmann beweist, dass er das strittige Grundstück auf Grund des Amtsinventars übernommen habe. Rosenthal, a. a. O. S. 163. Unter Maria Theresia wehrt sich die oberste Justizstelle gegen die Berufung einer beklagten Behörde auf einen internen Amtsbefehl des Monarchen, weil dadurch die Justiz lahm gelegt werde. Auch diese Rücksicht auf die Unbefangenheit der Rechtsprechung mag zu der Forderung geführt haben, dass Klagen aus finanzrechtlichen Rechtsverhältnissen gegen den Beamten, dessen Amtshandlung die Klage verursacht hatte, eventuell gegen den Kammerprocurator und nicht gegen den Landesfürsten zu richten waren.

Digitized by Google

procuratur, des Regierungsvertreters vor dem Reichsgerichte und dem Verwaltungsgerichtshofe, des Staatsanwaltes vor den Strafgerichten. Nebstdem ist er aber auch Staatsanwalt im polizeistrafgerichtlichen Verfahren, ein Amt, dessen die österreichische Behördenorganisation, soweit Polizeistrafgerichtsbarkeit durch Verwaltungsbehörden geübt wird, gegenwärtig entbehrt, weil in diesem Umfange das polizeistrafgerichtliche Verfahren nicht auf dem Antrags- oder Anklageprincip ruht. Als Regierungsvertreter klagt der Procurator die auf dem Principe der Feudalität und des Patrimonialwesens ruhenden Obrigkeiten auf die Leistung von Ungehorsamsgeldstrafen wegen Verletzung ihrer Pflicht zur Verfolgung des Strassenraubs[14]) und der protestantischen Irrlehren[15]), zur Instandhaltung von Strassen und Wegen[16]), wegen Vernachlässigung der vorgeschriebenen Maßregeln gegen die Pestgefahr[16a]), dann wegen Verletzung ihrer Pflicht zur Gewährung von Recht und Gerechtigkeit an die Unterthänigen.[17]) Er fordert alle landesfürstlichen Abgaben im Rechtsweg ein[18]), er vertritt den Fiscus und die niederen Finanzbehörden, wenn sie auf Grund rechtswidriger behördlicher Eingriffe in Vermögen und Freiheit der Einzelnen auf *restitutio in integrum* und auf Enthaltung von solcher Rechtswidrigkeit für die Zukunft geklagt werden.

Bei dieser Universalität der Functionen des Fiscals liegt es auf der Hand, dass sein Amt die volle Hingabe befähigter

---

[14]) Rosenthal, a. a. O. S. 213, Abs. 1, 2, S. 226 f.

[15]) A. a. O. S. 120, Anm. 1.

[16]) Beckmann, a. a. O. S. 389, 535.

[16a]) A. a. O. S. 269.

[17]) Vgl. den oben §. 4, Anm. 102 angeführten interessanten Fall, in welchem schon um 1493 herum Maximilian I. dem Grafen Lienhart von Görz die Verfolgung durch den camerprocurator Fiscal mittels Strafklage androht, wenn er den Michel Aderstorfer nicht enthaftet und ihn nicht ordnungsmässig vor seinem, des Grafen, Gericht oder vor dem König selbst belangen sollte, auf dass dem Aderstorfer der ordentliche gerichtliche Schutz zu Theil werde. Rosenthal bezeichnet a. a. O. S. 167, Anm. 3, ein Decret vom Jahre 1509 als das früheste ihm bekannt gewordene, welches die Bezeichnung Kammerprocurator enthält. Aber schon das Anm. 102 citirte, bei Chmel, a. a. O. S. 4, N. 4, mitgetheilte Document aus dem Jahre 1493 verwendet dieselbe wie eine allgemein bekannte. Nach Suttinger, a. a. O. S. 73, hat der Kammerprocuratur Städte wegen Justiz-Verweigerung oder Verschleppung vor der Regierung zu klagen.

[18]) Oben Anm. 4, 5.

Digitized by Google

und juristisch-universell gebildeter Männer forderte. So unscheinbar in socialer Hinsicht der Titel dieses Amtes sei, lehrt Beckmann[19]), so gross sei seine Bedeutung, so sehr fordere es einen ganzen Mann, ein gerades *subjectum, pro totius Reipublicae salute et pro interesse Caesareo observando.*

Der Kammerprocurator bildet somit schon in der Behördenorganisation Maximilians I. ein eminent sollicitirendes und stimulirendes Element. Durch seinen Strafantrag nöthigt er die Regimente zu gerichtlichem Einschreiten gegen die Obrigkeiten, welche ihre obrigkeitlichen Pflichten nicht erfüllen oder die Rechte der Unterthänigen verletzen. Er provocirt berufsmässig die gerichtliche Kritik der ständischen Privilegien, wenn solche etwa einredeweise einer fiscalischen Klage entgegengesetzt werden[20]), er vertritt klage- oder einredeweise die Anerkennung der nutzbaren Hoheitsrechte des Landesfürsten, welche bisher mangels einer zu ihrer gerichtlichen Wahrung berufsmässig verpflichteten Behörde missachtet oder verletzt worden sind. Er macht sich die Einführung des gelehrten Richterthums in den Regierungen zu Nutze, indem er die dem römischen Recht entlehnten *privilegia fisci* zur Geltung trägt.[21]) Behält er vor den Regierungen nicht Recht, so kann er durch Einleguug von Rechtsmitteln in allen diesen Angelegenheiten die Entscheidung des Landesfürsten selbst als höchsten Richters im Lande herbeiführen. Der Fiscal ist also

---

[19]) A. a. O. S. 253, Artikel Kammer-Procurator. Lazius, ein Zeitgenosse Ferdinands I., bestimmt die Aufgabe des Kammerprocurators dahin, er habe die Rechte des Fürsten in Klagsachen zu vertheidigen und sonst wahrzunehmen, dass denselben kein Abbruch geschehe, Buchholtz, 8, S. 25. Wenn auch bis zu abenteuerlicher Grossartigkeit, so ist doch folgerichtig die Mission dieses Amtes fort entwickelt in einer anonymen, unter Karl VI. entstandenen Staatsschrift, welche die Theilnahme der Fiscale als *tribuni plebis* zur Vertretung des gemeinen Volks an den Landtagen wünscht und eine General-Procuratur zur Centralisirung des Unterthanenschutzes *(universo populo pro omnium salute)*, ferner zur Wahrung der Gesammtstaatsidee vorschlägt, Bidermann, II, S. 192, N. 49.

[20]) Vgl. den bei Adler, a. a. O. S. 307, Anm. 2, erwähnten Fall, in welchem die auf Zahlung des Ungelds Geklagten dem Klagspetite die Einrede entgegenstellen, der Adel geniesse seit altersher die Freiheit von dieser Abgabe, soweit es sich um Bauwein handle, den er auf seinen Herrschaften vom Zapfen ausgebe; ferner §. 4, Anm. 86 oben.

[21]) Darauf beziehen sich die im Texte erwähnten Klagen der Stände.

Digitized by Google

einmal ein behördliches Organ für die Bewirkung der Controle der Geschäftsführung der landesfürstlichen Regierungen durch den Landesfürsten und zugleich ein gegen die Stände gerichtetes Kampforgan. Diese Functionen und diese politische Bedeutung für die Stärkung der landesfürstlichen Gewalt behält die Kammerprocuratur im weiteren Verlaufe ihrer Entwicklung bei, und es äussert sich die Erkenntniss dieser grossen politischen Bedeutung derselben in einer unerschöpflichen Fortbildung der für sie bestimmten Instructionen.

Die Stände finden die gegen sie gerichtete Spitze der neuen Institution alsbald heraus und der fiscalische Uebereifer der Kammerprocuratoren wird zur Förderung dieser Erkenntniss nicht wenig beigetragen haben. Schon 1502 fordern die steirischen Stände Abschaffung des Kammerprocurators mit Berufung auf dessen newe funde wider alt herkommen.[22]) Der Augsburger Ausschusslandtag von 1510 bittet, dieses Land mit dem Fiscal, welcher Name ihnen unbekannt, nicht mehr zu beladen.[23]) Der Innsbrucker Ausschusslandtag wünscht, der Kaiser möge das Auftreten eines Kammerprocurators scheyn der viscalischen Freiheiten und ferners auch nicht gestatten, dass Jemand durch denselben im rechten umb gefürt würde, da im Lande Oesterreich nach altem Herkommen weder Fiscus noch fiscalische Rechte bekannt seien.[24]) Was ist die Bedeutung dieser Beschwerden? Wünschen die Stände Abschaffung der Stellvertretung des Landesfürsten vor dem Gerichte? Daran allerdings ist nach der Rechtsauffassung jener Zeit nicht zu denken, zumal sonst der Landesfürst auch für die Klage des Unterthans nicht fassbar gewesen wäre. Das, was den Ständen ein Dorn im Auge ist, das ist nur die ständige behördenmässige Organisation der parteimässigen Vertretung des landesfürstlichen Interesses, der Bestellung von Beamten, welche in dieser gegen das Ständewesen gerichteten, eines Specialauftrages nicht bedürftigen, sondern ihnen von amtswegen obliegenden Vertretung ihren Lebensberuf erblicken. Gewünscht wird also, dass alle bis-

[22]) Siehe oben Anmerkung 6. 7.

[23]) Kärnth. Landhandf., S. 62, Steir., S. 37.

[24]) Zeibig, Der Ausschusslandtag der gesammten österreichischen Erblande zu Innsbruck 1518, Archiv für Kunde österr. Geschichtsquellen, XIII, S. 238, 252.

Digitized by Google

her durch den Kammerprocurator angestrengten Klagen im Namen des Landesfürsten nach gemeinem Landesbrauche [25]), das ist durch einen für den einzelnen Fall durch jedesmalige Vollmacht bestellten Vertreter eingebracht und ausgefochten werden.

Eine solche Rückkehr zu dem früheren primitiven Rechtszustande ist nun, und hierin äussert sich die grosse Bedeutung des neuen Amtes für die Sicherung einer wirksamen und stetigen landesfürstlichen Verwaltung, ohne vollständige Preisgebung des praktischen Nutzens der neuen Behördenorganisation gar nicht mehr möglich. Denn die Verwaltung, die den Regierungen überantwortet ist, kann sich ja zum grossen Theile nicht vollziehen ohne Processe, in welchen dem Landesfürsten oder dessen Fiscus Kläger oder Geklagtenrolle zukommt.[26]) Das Ganze, was die Stände erreichen, ist die Ersetzung des an die *privilegia fisci* erinnernden und deshalb so verhassten Namens Fiscal durch den eines Kammerprocurators, die Zusicherung des Schutzes gegen Schein fiscalischer Freiheiten und interne instructionell getroffene Vorkehrungen gegen chicanöse und unanständige Klagen des Kammerprocurators. So erfreut sich das landesfürstliche und mit ihm das fiscalische Interesse einer doppelten Vertretung im Gerichte. Für dasselbe plaidirt der Kammerprocurator in der Verhandlung und der Kammerrepräsentant als Mitglied des Richtercollegiums der Regierung und Kammer bei der Berathung des Spruches. Die verdoppelte Wucht, mit welcher so der Fiscus auf die Justizmänner drückt, reizt deren Opposition, welche durch die gegen Rechtssicherheit und Herkommen gleichgiltige, auf die Entdeckung unbekannt gewesener fiscalischer Ansprüche gerichtete Spürkraft und Erfindungsthätigkeit der Finanzbeamten, sowie durch die Empfindlichkeit des ständischen, aus den Regierungen niemals vollständig ausgerotteten Geistes gegen jede Art von Steuerlast erheblich verstärkt wird. Das

---

[25]) Vgl. die vorhergehende Anm.

[26]) Ihre Majestät muss eben, wie es im Augsburger Libell heisst, einen haben, der ihrer Gnaden im Rechten und sonst Handel nehmen lassen, und ein Kammerprocurator sei, wie der Kaiser auf dem Innsbrucker Ausschusslandtage (Zeibig, a. a. O. S. 294, 308) bemerkt, unentbehrlich für die seine Person, Ehre und Gut betreffenden Angelegenheiten, um dieselben vor dem Regiment nach Gebühr durchzufechten, einzuklagen und zu vertheidigen.

Digitized by Google

fördert dann eine antifiscalische Praxis und, wenn der Einfluss der ständischen Beamten stark genug ist, eine antifiscalische, den Thatendurst der Finanzbeamten zügelnde Gesetzgebung zu Tage. Schon 1591 spricht ein gerichtliches Erkenntniss den Rechtssatz aus: *In dubio contra Fiscum judicandum est et jus Fisci facilius remitti debet quam privatorum.*[27]) Die Auffassung, dass in *poenalibus* jederzeit *mitior pars* zu folgen sei, führt dazu, *dolus* als unerlässliche Voraussetzung des subjectiven Thatbestandes einer Gefällsverkürzung zu fordern, zumal in dem Falle der Einforderung einer Gefällsstrafe *reus de damno vitando* der Actor *de lucro captando* certirt.[28]) Das bedeutet also so viel, dass in Gefällssachen die Vermuthung für die Habgier des Fiscus streite, und dass deshalb grosse Behutsamkeit zu Gunsten des Geklagten beobachtet werden müsse. Rechtsirrthum soll auf dem Gebiete des Gefällwesens die Strafbarkeit ausschliessen, wenn der Betretene nach ertheilter Aufklärung bereit ist, die Abgabe, deren gesetzliche Grundlage ihm unbekannt geblieben ist, zu entrichten.[29]) Das sind lauter Grundsätze, welche das moderne Finanzrecht als unvereinbar mit dem Zwecke der öffentlichen Abgaben und mit der Sicherung ihrer Entrichtung zurückweisen müsste.[30]) Sie geben einerseits Zeugniss von dem Kampfe der Gerichte gegen den Fiscus und machen es andererseits

[27]) Suttinger, a. a. O. S. 237.

[28]) Motiv eines Urtheils vom 3. Juli 1645, mitgetheilt bei Suttinger, a. a. O. S. 113.

[29]) Suttinger, a. a. O. S. 114, führt für diese Anschauung die Autorität des Pandektisten Mascardus an: *Ignorans noviter edicta Generalia non est ita puniendus, nec cadunt ipsius res in commissum, si nescivit statutum vel edictum et post certiorationem refundere vult Telonium.* Nach einem ebenda S. 112 erwähnten Abschied vom 11. December 1570 muss die als Contrabande aufgehaltene Waare gegen entsprechende Caution freigegeben werden. Vgl. auch den oben §. 4, Anm. 90 mitgetheilten Fall.

[30]) Ein Musterfall der Aenderung der Rechtsanschauungen mit dem Wechsel der Verhältnisse. Rechtssätze, wie sie im Gebührengesetze vom 9. Febr. 1850, R. G. Bl. Nr. 50 und in den Vorbemerkungen zu dem diesem Gesetze beigefügten Tarif enthalten sind, welche für die Gebührenstrafe nicht mehr als die Unterlassung der Erfüllung der Gebührenpflicht fordern und im Zweifel über die Natur eines Rechtsgeschäftes, über die rechtsgeschäftliche Absicht der Parteien eine Präsumtion zu Gunsten des Fiscus aufstellen, wären jener Zeit als mit der Idee der Gerechtigkeit unvereinbar, ja als barbarisch erschienen.

Digitized by Google

erklärlich, dass die Finanzverwaltung die an ihren Acten geübte verwaltungsgerichtliche Controle als eine schwere Belästigung empfand, deren Beseitigung unter dem Einflusse der französischen Theorie der Unabhängigkeit der Verwaltung von den Gerichten in unserem Jahrhundert gelungen ist. Wenn eine kaiserliche Entschliessung vom 2. April 1712 die Auffassung ablehnt, als gebe der Rechtssatz: *Procuratorem Fisci ob praesumtam calumniam in expensas condemnari non posse,* den Kammerprocuratoren einen Freipass, Chicane ohne Gefahr der Kostenersatzpflicht zu üben; wenn sie diesen Rechtssatz nur als Mahnung an die Gerichte hinstellt, nicht von vornherein die Vermuthung für die Chicane des Fiscus [31]) streiten zu lassen: „wie aber sonsten, so fern ist, *ut advocatus Fisci calumnias impune ferat,* dass er vielmehr, vermög der Rechte schärffer als ein gemeiner *calumniator* zu straffen, und anbey zur Ersetzung der Unkosten und Schäden gehalten sein solle", so ist das nicht der letzte Dämpfer, welcher dem Uebereifer des Fiscus wenigstens officiell [32]) aufgesetzt wird.

[31]) Die Klagen über diese Chicane sind so alt wie der Fiscus selbst. Man denke an die Abneigung des neuen Testaments gegen die Zöllner. Schon auf dem Innsbrucker Ausschusslandtage muss der Kaiser den Ständen versprechen, eine Vorprüfung des Entwurfs einer jeden Fiscalklage vor Ueberreichung derselben durch das Regiment vornehmen zu lassen, ob sie zum *visco* würdig sei; Zeibig, a. a. O. S. 294. Die n.-ö. Raitkammerordnung von 1539 überträgt jedoch offenbar im fiscalischen Interesse diese Zuständigkeit an die Raitkammer. Diese soll zur Verhütung Schimpfs und Unlusts, so uns nicht allein bei den Partheien, sondern auch sonst daraus entstehen möchte, sorgsam erwägen, dass kein Process durch den Kammerprocurator angestrengt werde, wenn nicht das Fundament der Klage wohl gegründet und zu Recht genugsam gefasst sei; Rosenthal, a. a. O. S. 169, Anm. 2. Eine Probe chicanösen Verhaltens des Kammerprocurators theilt der Bericht der n.-ö. Regierung vom 5. April 1633, Suttinger, S. 206 ff, mit, aus welchem hervorgeht, dass der Kammerprocurator gegen das Executionsbegehren in Sachen Hanns Christophen Unverzagts Freiherrn Erben gegen den Kammerprocurator als des Landes fürstlichen Fisci Verwalter die Einwendung erhebt, das Urtheil könne nicht in das landesfürstliche Vermögen exequirt werden, weil es auf den Kammerprocuratur und nicht auf den Landesfürsten laute. Zuweilen, wo der landesfürstliche Credit durch das Chicaniren der Parteien nachtheilig berührt wird, treten die Finanzbehörden selbst für die Gewährung prompter Justiz ein, Suttinger, a. a. O. S. 62. Ueber die Unterwerfung der Landesfürsten unter das Executionsmittel des Einlagers Ende des 13. Jahrhunderts vgl. Löning, Gerichts- und Verwaltungsbehörden etc. im 2. Bande des Verwaltungsarchivs, S. 221 f.

[32]) Was den Fiscalismus anbelangt, so gilt von dem Staate: Zwei Seelen wohnen ach in meiner Brust. Er missbilligt einerseits brutale Störungen des

Digitized by Google

So deutlich die Rechtsquellen die Competenz des Kammerprocurators beschreiben, so schwierig ist es, seine Stellung innerhalb des Behördenorganismus zu bestimmen, jene Behördenkategorie zu bezeichnen, welcher er angehört. Nach dem Nürnberger Libell [33]) Maximilians I. sollen, was auch unserm Fiscalambt zu handlen zustehet, sie, das sind die Statthalter, Regenten und Räthe, dessgleichen unsern Comissary und Räthe unser Hof-Cammer, unsern Fiscal zu thuen bevehlen, und ihm darum auch räthlich sein, und Handhabung beweisen und sonst alles das handlen, das ihr von uns zugeschrieben und bevolhen würdet. Die niederösterreichische Hofrathsinstruction von 1521 [34]) schreibt dem Kammerprocurator einerseits vor, alle rechtfertigungen, sachen und handlungen mit der raitkammer wissen und rat zu handlen, andererseits verpflichtet sie ihn, sich im Hofrate wie ander unser räte verwenden zu lassen und unterstellt ihn dem Dienstbefehle des Hofraths, die Strafklage wegen unterlassener Verfolgung der Strassenräuber zu erheben.[35]) Auch anderweite Instructionen weisen den Kammerprocurator der Regierung zur Dienstleistung zu, abgesehen von dem Falle, dass es sich um Justiz in Kammersachen handelt, an welcher er sich als Vertreter des Fiscus in keiner Weise zu betheiligen hat.[36]) Nach Beckmann [37])

---

wirthschaftlichen Lebens des Einzelnen durch plumpe Handhabung seiner Gewalt; andererseits scheut er vor derselben nicht zurück, wenn es sich um die Beschaffung der materiellen Voraussetzungen seines Bestandes handelt. Zur Lösung des grossen Problems selbst ungerechte Steuern so billig und schnell, als es nöthig ist, und zugleich unter Wahrung der Rechtssphäre des davon Betroffenen einzuheben, ist noch keine Steuergesetzgebung gelangt. Von den beiden Alternativen wird das Princip der Billigkeit und Schnelligkeit gewählt, und die Persönlichkeit des Steuerträgers kommt in dem ganzen Bemessungs- und Hebungsverfahren nicht zur Geltung. In der hier behandelten Epoche ist das anders. Begreiflicherweise empfindet die Finanzverwaltung, an welche die höchsten Anforderungen gestellt werden, die Nöthigung ihrer Massnahmen in gerichtlichen Processen zu vertreten, als eine ihre Aufgabe beeinträchtigende Beschränkung und ist bemüht, den Parteien das Processiren zu verleiden. Dagegen reagirt nun wieder die Justizverwaltung und erzielt zuweilen auch gesetzgeberische Erfolge.

[33]) Kärnthn. Landhandf. S. 46.

[34]) Rosenthal, a. a. O. S. 210, Abs. 3.

[35]) A. a. O. S. 213.

[36]) A. a. O. S. 169 f.

[37]) *Idea juris*, S. 253.

Digitized by Google

verwaltet der innerösterreichische Procuratör sein Amt *jussu ecelsi Regiminis et Camerae Caesareae.* Endlich lassen uns Resolutionen aus dem Jahre 1701 [38]) erkennen, dass der Kammerprocurator wirklicher Hofkammerrath sein konnte. Diese widersprechenden Mittheilungen lassen sich am besten in folgender Weise vereinigen: Sicher stand der Kammerprocurator zur dienstlichen Verfügung der Regierungen und der über denselben stehenden Hofbehörde, also zuletzt der Hofkanzlei, einmal, insofern gutachtliche Aeusserungen desselben erforderlich erschienen, andererseits, soferne gewisse Aufgaben der inneren Verwaltung, wie zum Beispiel der Executionszwang gegen ungehorsame, ihre Verwaltungspflichten nicht erfüllende oder verletzende Obrigkeiten sich in gerichtlichen Formen zu vollziehen hatten. In Fällen der letzteren Art waren die Gerichte *ex officio* verpflichtet, das Ungehorsamsstrafverfahren durch den Kammerprocurator einleiten zu lassen, und dieser hatte, wenn er nicht bereits ohnedies eingeschritten war, den Einleitungsauftrag zu vollziehen.[39]) Sonach steht der Kammerprocurator zur dienstlichen Verfügung der Regierung, insoweit er nach Massgabe der bestehenden Rechtsordnung ein für dieselben unentbehrliches Mittel zur Führung der Geschäfte der inneren Verwaltung bildet. In diesem Umfange empfängt er seine Instructionen von den über den Regierungen stehenden Hofbehörden. In gleicher Weise steht er zur dienstlichen Verfügung der Länderkammern, beziehentlich der Hofkammer, soferne es sich um die Wahrung ausgesprochen fiscalischer Interessen handelt. Indirect kann aber die Hofkammer durch Immediateingaben an den Landesfürsten, ein Einschreiten des Fiscals auch auf dem Gebiete der nicht finanzrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit der Regierungen herbeiführen und der Fiscal kann durch seine Gestionsberichte an die Hofkammer solche Immediateingaben anregen.

---

[38]) *Codex Austr.* II, S. 71.

[39]) Rosenthal, a. a. O. S. 213, 227, 120, Anm. 1. Nach der n.-ö. Regierungsinstruction von 1625, Suttinger, S. 656, ist bisweilen *ex officio* zu procediren, „sonderlich, wo etwas wider die Landesfürstl. Obrigkeit und Hochheit laufft". Wo nun aber, wie in den hier citirten Fällen, ein Procediren zur Wahrung der Landeshoheit in gerichtlichen Formen geboten ist, muss die Regierung den Kammerprocurator beauftragen, den Antrag auf Einleitung zu stellen.

Digitized by Google

In disciplinärer Beziehung untersteht der Fiscal den Regierungen soweit, als dieselben Gerichte sind und Gerichtspolizei gegen ihn wie gegen jede andere Partei üben können. Was aber seine Anstellung, seine dienstliche Bestrafung und Entlassung anbelangt, so reicht wohl der eine Umstand, dass der Kammerprocurator zugleich auch Hofkammerrath sein konnte, nicht hin, um die Hofkammer als seine Disciplinarbehörde zu bezeichnen. Muthmasslich übte diese Disciplinargewalt der Monarch persönlich auf Grund von Gutachten der Hofkammer und der über den Regierungen stehenden Hofbehörden, also sei es des Hof-, des Geheimrathes oder der Hofkanzlei.[40])

VII. Abschnitt.

§. 11. Die Processformen der landesfürstlichen Verwaltungsrechtspflege bis auf Maria Theresia.

In den instructionellen Bestimmungen für die landesfürstlichen Regierungs- und Justizcollegien finden sich Vorschriften für das Verfahren zur Entscheidung von Processstreitigkeiten nur ganz vereinzelt. Erwägt man, dass diese Collegien nebst Streitigkeiten verwaltungsrechtlicher auch solche civil- und strafrechtlicher Natur entschieden oder die Entscheidung des Landesfürsten über Streitigkeiten dieser Art vorbereiteten, erwägt man ferner, dass schon die Epoche vor Maximilian I. ein entwickeltes Verfahren in Civil- und Strafrechtssachen besitzt, und dass die Nach-Maximilianische Epoche eine ganze Reihe allgemeiner Processgesetze für Civil- und Strafrechtssachen hervorbringt, so liegt die Annahme sehr nahe, dass die dürftigen Processnormen der Regierungs- und Hofrathsinstructionen vornehmlich jene Processe im Auge haben, welche wir gegenwärtig als Verwaltungsrechtssachen auffassen. Bei dieser Annahme erklärt sich die Dürftigkeit der in diesen Instructionen enthaltenen Processvorschriften aus dem darin wörtlich ausgedrückten Bestreben, ein rasches[1])

[40]) Aus der Zeit Maria Theresias ist ein Act über die Besetzung der Stelle eines Unterthanadvocaten erhalten, aus welchem hervorgeht, dass Gutachten der Hofkammer, Hofkanzlei und der obersten Justizstelle eingeholt wurden.

[1]) Rapp, a. a. O. S. 166, Kärnthn. Landhandf. S. 44, 46. Zeitschrift für österreichische Geschichte, S. 235.

Digitized by Google

und billiges und zugleich geschmeidiges Verfahren zu erzielen, wie es der Natur dieser Processe entspricht. Denn je weniger Normen und Formen, desto grösser die Freiheit des Richters, das Verfahren seinem Zwecke anzupassen.

Ferner ist festzuhalten: So wie der verwaltungsgerichtliche Process in jener Zeit die Verwaltung im grossen Umfange vorbereitet oder bereits vorgenommenen Verwaltungsacten die erforderliche rechtliche Festigkeit verleiht, so ist die Ueberprüfung der verwaltungsgerichtlichen Judicate in den höheren Instanzen in der damaligen Zeit zugleich auch Aufsicht über die Verwaltung. Diese aber erfordert eine möglichst weitgehende Beurkundung des Entscheidungssubstrates. Endlich wird die Verwaltung Rechtsfragen, welche sich ihr in den Weg legen, immer als ein sehr lästiges Hemmniss empfinden, daher die grosse Bedeutung des Güteversuchs, der Einwirkung auf die Parteien behufs Herbeiführung ihrer Submission für die Zwecke der Verwaltung. Deshalb bestimmt schon das Nürnberger Libell [2]), dass das Regiment die Partheyen, vor Einleitung des förmlichen gerichtlichen Verfahrens, für sich erfordern aigentlichen verhören, und getrewen fleis haben, gütlich miteinander zu verainen und zuvertragen. Das macht jedenfalls die Anordnung eines ersten Termins zur vorläufigen Vernehmung der Parteien und zum Versuche der Güte nöthig. Was nun den weiteren Verlauf des Verfahrens betrifft, so hat sich die Processinstruction sicher auch unter Maximilian I. durch mündlichen in einer bestimmten Ordnung sich vollziehendem Verkehr zwischen Parteien und Instructionsrichter und in den Formen der Inquisition vollzogen. Die technische Bezeichnung für dieses Verhör und diese Parteienverhandlung ist: „die Parteien aigentlich und nach notdurfften verhören" und wir begegnen demselben sowohl in dem Auftrage des Kaisers an das niederösterreichische Regiment vom 18. November 1494 [3]) zur Förderung des Processes des Pflegers Neidegker gegen die Leute von Gars wegen Zahlung rückständiger Ungelder, wie in jenem vom 3. Februar 1496 [4]) zur Entscheidung der Klage des Fried-

[2]) Kärnthn. Landhandf., S. 44.

[3]) Chmel, a. a. O. S. 53, Nr. 55.

[4]) Chmel, a. a. O. S. 90, Nr. 94. Nothdurft ist noch in der österreichischen Rechtssprache des vorigen Jahrhunderts die zur Wahrung der Rechte der Partei

Digitized by Google

rich Hofmann, Pflegers zu Wolkenstein, gegen Hans Maltits, Bergmeister für Oesterreich, Steier und Kärnthen, wegen Ueberschreitung der Grenzen seiner gerichtlichen Zuständigkeit. Dieses Verhören nach notdurfften an bestimmten hiefür festgesetzten Terminen ist aber kein mündliches Verfahren im modernen Sinne des Wortes, welches die Entscheidung des Richters unmittelbar auf jenen Eindrücken sich aufbauen lässt, die er aus dem persönlichen Verkehre mit Parteien und Zeugen gewonnen hat, vielmehr sind die Ergebnisse desselben blosser Gegenstand der Fixirung mittels eines schriftlichen Protokolls, dessen Inhalt allein nebst jenem der ihm beigeschlossenen Urkunden die Unterlage für das gerichtliche Urtheil abzugeben hat.[5])

Da das Erscheinen von Anwälten nicht ausgeschlossen ist, so gestaltet sich dieses mündliche protokollarische Verfahren zu einem überaus schleppenden. Deshalb suchten die Regimentsordnungen von 1499[6]), 1501 und 1502 Abhilfe gegen die weitläufigen und überflüssigen Vorträge der Fürsprecher in der Einführung des schriftlichen Processes mit der Beschränkung jeder Partei auf drei Reden, beziehentlich Schriften.

---

processual nothwendige örtlich und zeitlich gebundene Erklärung derselben im Laufe der Parteienverhandlung, also Rede und Gegenrede, Antrag und Gegenantrag, §. 16 der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781, Justizgesetzsammlung Nr. 13. Es gibt mündliche und schriftliche Nothdurften.

[5]) Bestärkt wird die im Texte aufgestellte Annahme über die Bedeutung des in den Regierungsinstructionen sogenannten mündlichen Verfahrens durch die von Josef I. am 24. December 1715 erlassene Instruction für die sogenannte Justiz-Banko-Deputation, mitgetheilt im *Codex Austr.*, III, S. 499 f. Diese Deputation soll entscheiden in allen Streitigkeiten, welche sich aus dem Statute der, Finanzgeschäfte des Staates besorgenden Wiener Stadtbank, sowie aus dem Betriebe ihrer statutarischen Geschäfte ergeben konnten. Die Deputation wird bezeichnet als ein Ableger, als eine Deputation der Wiener Regierung und Kammer, welche ohnedem das *forum competens* sei, von dem gemeine Stadt allhier *in jurisdictionalibus*, wo Unser Landes-Fürstl. Interesse mitunterlauffet, dependiret. Nun wird vorgeschrieben, es solle diese Regierungs-Deputation, welche fortan die Jurisdiction der Regierung über die Stadt Wien, soweit ein landesfürstliches Interesse mitbetheiligt ist, unter Beschränkung auf die Stadtbank zu üben hat, die Stadtbanksachen ganz *summarie*, und zwar soviel thun- und möglich, nur mündlich abhandeln, der *actuarius* aber die Handlung fleissig aufnotiren. Offenbar wurde der Deputation die Einhaltung des Verfahrens vor der Mutterbehörde in Angelegenheiten des landesfürstlichen Interesse vorgezeichnet.

[6]) Rapp, a. a. O. S. 166.

Digitized by Google

Die Instruction für die oberösterreichische Regierung von 1536[7]) lässt das mündliche oder schriftliche Verfahren nach Wahl der Parteien eintreten, schreibt aber vor, dass auch das schriftliche Verfahren mündlich zu beschliessen sei. Das bedeutet soviel, als dass der Instructionsrichter nach Abschluss des Schriftenwechsels noch eine mündliche Vernehmung der Parteien zur Ertheilung etwa nöthiger Aufklärungen und zur Ergänzung ihrer Angaben einzuleiten hat. Im Falle die Parteien sich nicht einigen konnten, dürfte die Bestimmung des Verfahrens der Regierung zugekommen sein, welche die Wahl nach der Bedeutung der Sache zu treffen hatte, da das schriftliche Verfahren als das verlässlichere und in wichtigen Dingen vorzuziehende bezeichnet wird.[8]) Beweisnormen und eine detaillirtere Regelung des Processganges finden sich nicht. Wir haben uns also das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen ähnlich vorzustellen wie das gegenwärtige Verfahren vor den österreichischen Verwaltungsbehörden, welches sich bald als mündliches Protokollverfahren, bald als Verfahren mit Schriftenwechsel, bald als ein aus beiden combinirtes Verfahren[9]) abspielt und im Uebrigen keine näheren Vorschriften für den processleitenden Beamten aufstellt, als auf Gründlichkeit, Unparteilichkeit, auf die Wahrung der Rechte der Parteien

[7]) Rosenthal, a. a. O. S. 115, Anm. 4.

[8]) Die in der Anm. 7 citirte Instruction von 1536 empfiehlt den schriftlichen Process für grössere und tapfere Sachen, damit die Parteien durch mündliches Fürbringen desto weniger verkürzt und unsere Regierung desto gründlicher und sicherer in solchen Sachen handle. 1727 tadelt es die Innsbrucker Regierung in einem Bericht an die dortige geheime Stelle, dass vor der Landeshauptmannschaft an der Etsch die Processe mehreren Theils durch mündlich *ad protocollum* dictirende Recess nach dem hergebrachten, aber nicht allerdings nützlichen Styl instruirt werden. Die geheime Stelle leitet diesen Bericht nach Hof und empfiehlt Einführung des schriftlichen Verfahrens mit 4 Schriften, Bidermann, II, S. 296 f., Nr. 142.

[9]) Vgl. das Citat in Anm. 7, ferner die in Anm. 5 angeführte Instruction für die Justiz-Banko-Deputation, wonach das Verfahren in mündlicher Form nur nach Thunlichkeit und Möglichkeit, also nicht unbedingt durchgeführt werden sollte. Die Verordnung des Ministeriums für Cultus und Unterricht vom 14. Mai 1876, Z. 8040, die es in das Ermessen der das Verwaltungsverfahren leitenden Behörde stellt, in welchem Umfange sie das mündliche Protokollarverfahren oder das Verfahren mittels Schriftenwechsels eintreten lassen will, ruht vielleicht unbewusst auf einer mehrhundertjährigen Tradition.

Digitized by Google

bedacht zu sein. Die Verwandtschaft des Verfahrens vor den alten Regierungen mit dem gegenwärtigen österreichischen Administrativverfahren besteht aber auch in dem Punkte, dass es wie dieses kein unmittelbares ist.[10]) Nach den niederösterreichischen Hofrathsinstructionen Ferdinands I. von 1523[11]) sollen die vom Justizsenate beschlossenen Erkenntnisse erst durch die Annahme im Plenum zur vollen Kraft gelangen und in wichtigeren Angelegenheiten soll die Urtheilsschöpfung nicht anders als durch das Plenum auf Grund der Acten[12]) erfolgen. Also ist es einerseits nicht erforderlich, dass sämmtliche Urtheilsfinder dem Verhöre und der Parteienverhandlung beigewohnt haben, andererseits dürfen auch diejenigen Richter, welche bei dem Verhöre und der Verhandlung dabei gewesen sind, keine, wenn auch beim Verhöre oder bei der Verhandlung vorgekommene oder hervorgekommene Thatsache ihrem Urtheil zu Grunde legen, wenn sie nicht actenmässig beurkundet ist. An diesem Ergebnisse ist auch dann festzuhalten, wenn in den Quellen davon die Rede ist, dass die Entscheidung der Vernehmung und der Verhandlung der Parteien auf dem Fusse zu folgen habe. Die technische Bezeichnung hiefür ist *de plano* handlen.[13]) Dieses *de plano* handlen kennen die Instructionen Ferdinands I. neben der förmlichen Beschliessung eines Erkenntnisses im Plenum.[14]) Man wird davon auszugehen haben, dass

---

[10]) Schon einzelne Anweisungen Maximilians I. zu Processentscheidungen scheiden zwischen Instructions- und Erkenntnissrichter. So wird mittels des bei Chmel, a. a. O. S. 53, Nr. 55, mitgetheilten kaiserlichen Erlasses der Statthalter Ludwig von Starhemberg angewiesen, im Streite zwischen Pfleger Neidegker und den Leuten von Gars wegen rückständiger Ungelder die Parteien zu verhören und alsdann den Statthaltern und Regenten zu Wien zu berichten, damit sy, verrer darauf nach billichem zu handlen wissen. Ueber die Delegirung von Commissären zur Erhebung des Thatbestandes von Beschwerden der Unterthänigen vgl. Rosenthal, a. a. O. S. 160 f.

[11]) A. a. O. S. 219 f.

[12]) „Es soll der ganz hofrat uber dieselben *acta* sizen", a. a. O. S. 220.

[13]) Nach der n.-ö. Hofrathsinstruction von 1524, Rosenthal, a. a. O. S. 120, Anm. 1, soll der Hofrath gegen Obrigkeiten, welche in Sachen der Religionspolizei lässig sind, den cammerprocurator darumb on verzug *summarie et de plano* handlen lassen. Damit ist nicht gesagt, dass der Kammerprocurator judiciren, sondern nur, dass er zur Einleitung des *summarie et de plano* durchzuführenden Verfahrens beauftragt werden solle.

[14]) Vgl. die vorhergehende Anmerkung.

Digitized by Google

liquide Angelegenheiten *in continenti* durch denselben Senat erledigt werden konnten, vor welchem sie verhandelt wurden. Man denke an die Erledigung von Vergleichen, an die Schöpfung von Contumazial- und Geständnissurtheilen. Wenigstens lässt uns eine für die niederösterreichische Regierung bestimmte Resolution vom 25. April 1633 [15]) erkennen, dass mündliche Verhöre nur in einem Collegium von nicht unter sieben Räthen decidiret werden dürfen, die andern Schrifftlichen Process durch fünff, die Gemeine suppliciren der Parthey-Sachen durch zween oder drei Räth fürgenommen werden müssen. Allein auch bei einem solchen decidiren mündlicher Verhöre muss sich das Collegium an den Inhalt des über die Verhandlung aufgenommenen Protokolls halten. Denn sonst könnte von einer Ueberprüfung derselben Sachlage in den höheren Instanzen keine Rede sein, da diese nur auf Grund der Actenlage entscheiden. [16]) Letztere Thatsache steht ausser Zweifel. Schon nach der Regimentsordnung von 1502 soll der als Entlastungsbehörde für den ambulanten Hofrath an der Seite des Kaisers errichtete niederösterreichische Hofrath die Processacten, wenn sich die Parteien zur Zurückziehung des eingelegten Rechtsmittels nicht bewegen lassen, mit einem Gutachten oder Berichte an den Hof leiten. Das Nürnberger Libell gebietet den Parteien daheim zu bleiben und die Regimentsordnung von 1502 verbietet das ungestüme Nachlaufen nach Hof. [17]) Die Parteien sollen sich die Entscheidung über ihre Beschwerden gegen Erkenntnisse des Regiments beim niederösterreichischen Hofrath oder beim Regimentskanzler abholen. Also findet in höherer, beziehentlich höchster Instanz nach den

[15]) *Codex Austr.*, II, S. 215.

[16]) Eine solche Urtheilsschöpfung *in continenti* auf Grund des Protokolls über die mündliche Verhandlung scheint auch die citirte Instruction für die Justiz-Banko-Deputation zu fordern. Eine Processinstruction Ferdinands I. schafft für das Landrecht und das landmarschallische Gericht mündliches Verhör und Bescheid ab, wegen der unzulänglichen Besetzung des Gerichts bei solcher *in continenti* erfolgenden Urtheilsschöpfung, wegen der Unmöglichkeit gründlicher Berathung, wegen der für die Parteien hieraus erwachsenden Versuchung, den Processstand im schriftlichen Appellationsverfahren durch *Nova* vollständig zu verkehren. Buchholtz, 8. Bd., S. 37.

[17]) Kärnthn. Landhandf., S. 45 f. und Oesterreichische Zeitschrift für Geschichte u. s. w. S. 235 f.

Digitized by Google

Regimentsordnungen keine Parteienverhandlung mehr statt, wie sie noch zu jener Zeit üblich war, wo der Kaiser die Gerichtsbarkeit persönlich im eigensten Sinne des Wortes übte.[18]) Ganz ausgesprochen ist der Charakter der instanzmässigen Ueberprüfung der Erkenntnisse der Regierung als einer blossen Actenrevision in der niederösterreichischen Hofrathsinstruction von 1523.[19]) Denn diese erklärt: „Und damit unser stathalter und hofrath in iren handlungen dest grossern vleiss gebrauchen und durch ire urtlen niemands an seiner gerechtigkeit verkurzt werde, behalten wir uns hierinnen bevor, das wir auf der parthei (die sich solher unsers stathalters und hofrats urtln beswern möchten) anlangen, ir beswärungen supplicacionweis annemben mugen und darauf die acta und prozess beider partheien von unserm hofrat ervördern, und von neuem daruber lassen sizen, erkennen . .“ Das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen abgesehen von dem Mandatsverfahren ist also das kanonisch-gemeinrechtliche Protokollarverfahren, welches mit dem gemeinrechtlichen schriftlichen Process combinirt werden kann, sich aber in dem einen wie in dem andern Fall in ungleich freieren Formen bewegt als das civilprocessuale[20]) und auch der formalen Beweisregeln des letzteren nicht unterworfen ist.

Die Rechtsmittel des Verfahrens sind die Appellation und die Supplication.[21]) Die erstere ist aus dem römisch-kanonischen

---

[18]) Vgl. die Vorladung an Lienhart Grafen von Görz vom 28. Jänner 1494 an den Hof nach Innsbruck, woselbst der Kaiser ihn und seinen Ankläger Michel Aderstorfer wegen des ihm zur Last gelegten Missbrauchs seiner obrigkeitlichen Gewalt gegenüber dem Kläger vernehmen und auf Grund des Verhörs entscheiden will. Chmel, a. a. O. S. 18, Nr. 24.

[19]) Rosenthal, a. a. O. S. 222.

[20]) Wegen der grossen Formenfreiheit, mit welcher das bei der Regierung und Kammer besonders für Verwaltungsrechtssachen ausgestattete summarische Verfahren ausgestattet ward und wegen des hiemit verbundenen grösseren Spielraumes für das richterliche Ermessen beschweren sich die n.-ö. Stände schon gegenüber Ferdinand I, dass wider Landleute von Regierung und Kammer auch *summarie* geurtheilt werde, wider altes Herkommen. Der Kaiser lehnt jede Aenderung ab mit der Begründung, es sei ihr eigener öffentlicher und wisslicher Nutzen. Buchholtz, a. a. O. S. 302.

[21]) Vgl. hierüber den Weingartner'schen Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus, Schlagworte, Appellationen, Supplicationen im Register, den *Codex Austriacus*, I, S. 85 ff., S. 322, Beckmann, *Idea juris*, S. 22 ff., S. 473.

Digitized by Google

Process herübergenommen und ihre Zulassung bildet unter den gesetzlichen Voraussetzungen den Gegenstand eines Anspruchs der Processparteien. Der Antrag der Appellation ist darauf gerichtet, dass der entscheidende Richter *judex a quo* den Process an den Richter höherer Instanz den *judex ad quem* zur Entscheidung abtreten möge. Die Antragstellung vollzieht sich in zwei Stadien und ist in beiden an eine Präclusivfrist gebunden. Die Entlassung des Processes von der entscheidenden Instanz erfolgt durch eine begleitende Aeusserung des entlassenden Richters, die sogenannten *apostoli* oder *literae dimissoriae*, welche als *reverentiales* oder *refutatoriae* sich über die principielle Statthaftigkeit der Appellation in günstigem oder ungünstigem Sinne äussern und dem Appellanten versiegelt übergeben werden. Es ist Sache des Appellanten, die auf seinen rechtzeitigen Antrag verglichenen und geordnet zusammengelegten (collationirten und inrotulirten) Acten zusammen mit der *apostoli* an die Appellationsinstanz zu senden.

Von der Supplication berichtet Beckmann, sie sei dem römisch-kanonischen Rechte unbekannt und von Ferdinand I. 1555 zuerst beim Reichskammergericht, dann bei den österreichischen Tribunalen eingeführt worden. Indess wird der Supplication schon auf den Verhandlungen des Innsbrucker Ausschusslandtages von 1518 gedacht. Sie hat zur Voraussetzung, dass gegen das beschwerende Urtheil ein ordentliches Rechtsmittel unstatthaft, dass es inappellabel ist. Das Gesuch um seine Zulassung ist an den Landesfürsten unmittelbar zu richten, also Majestätsgesuch. Die Partei hat keinen Anspruch auf die Gewährung, dieselbe erfolgt vielmehr, auf Grund einer zwar von der Prüfung der Sachlage ausgehenden, aber sonst freien Entschliessung des Landesfürsten. Das Gesuch ist fristgemäss einzubringen, und es obliegt dem Gesuchsteller, im Falle der Gewährung rechtzeitig einen ihm vom Hof bemessenen, dem Fiscus verfallenden Betrag zur Bürgschaft gegen Muthwillen zu erlegen. Auf Grund des Nachweises über die rechtzeitige Anbringung des Gesuchs und des Erlages der Caution erfolgt

---

Elvert im 16. Bd. der Schriften der historisch-statistischen Section der mährisch-schlesischen Gesellschaft. Reg. Schlagwort: Appellation, Revision; Rachfahl, Organination der Gesammtstaatsverwaltung Schlesiens, S. 236, 244 ff.

Digitized by Google

die Einsendung der Acten an den Hof. Der Supplication kommt kein Suspensiveffect bei, wenn er nicht ausnahmsweise durch Hofentschliessung bewilligt worden ist. Doch ist die Executionsfähigkeit des Urtheils, gegen welches rechtzeitig eine Supplication angebracht wurde, eine beschränkte, da der siegreiche Kläger, um die Execution zu erwirken, Bürgschaft für die Rückstellung des dem Executen Abgenommenen leisten muss für den Fall, als der Supplicant Recht behält. Insoferne die Supplication die Processrevision durch den Landesfürsten ermöglicht, wo der Partei kein Rechtsmittel mehr zu Gebote steht, ist sie einerseits ein Ausfluss der Universalität und Subsidiarität der persönlichen Gerichtsgewalt des Landesfürsten und bietet andererseits eine Handhabe, die nicht mit landesfürstlichen Beamten besetzten ständischen, mit dem Privilegium der Inappellabilität ausgestatteten Gerichte einer einschneidenden landesfürstlichen Controle zu unterwerfen. Die Stände sind deshalb ebenso bemüht, ihrer Ausdehnung zu begegnen, als der Landesfürst, dieselbe zu fördern, und dieser Widerstreit der Interessen macht sich auch schon auf dem Innsbrucker Ausschusslandtage deutlich geltend. Mit der zunehmenden Erstarkung der landesfürstlichen Gewalt schwächen sich indess die Unterschiede zwischen Appellation und Supplication immer mehr ab.

Die Executionsinstanz für die Erkenntnisse der Regierungen, sowie die vom Hof kommenden Erkenntnisse sind die Regierungen selbst. Hinsichtlich der Formen der Execution enthalten die Regierungsinstructionen nähere Bestimmung nur, soweit sich die Execution in den Formen des Mandatsverfahrens [32]), beziehentlich des gerichtlichen auf Antrag des Kammerprocurators einzuleitenden Zwangs- oder Ungehorsamsstrafverfahrens zu vollziehen hat, sei es, dass es gilt, ein positives persönliches Handeln, z. B. Rechtsgewährung oder eine Unterlassung, z. B. Unterlassung rechtsverletzenden Handelns zu erzwingen. Im Uebrigen werden die Regierungen als die landesfürstlichen Executivbehörden κατ' ἐξοχήν, ohne nähere Bestimmung der Executionsformen angewiesen, ihre eigenen oder die Erkenntnisse, welche

[32]) Die Umständlichkeit des Mandatsverfahrens illustrirt der Artikel Poen-Fall in Beckmann's *Idea juris*, S. 335 f. Selbst gegenüber der verwirkten Poen ist noch *purgatio morae* binnen bestimmter Frist statthaft. Siehe auch Res. v. 24. September 1635, *Codex Austr.*, II, S. 146.

Digitized by Google

vom Hof kommen, ungesäumt zu vollziehen.[23]) Das ist eine Verweisung auf jene auch für civilrechtliche Ansprüche bestehenden Executionsformen, welche dem Inhalte des Erkenntnisses angemessen sind. Denn Anspruch ist für jene Zeit eben nur Anspruch, er mag vom Standpunkte der modernen Unterscheidung privat- oder öffentlichrechtlicher Natur sein. Freilich, soferne es sich um Beamte handelt, welche den Regierungen untergeben sind, ist eine förmliche Execution zwar möglich, aber nicht gerade nothwendig, da der Zweck derselben auch durch Geltendmachen der dienstlichen Gehorsamspflicht erreicht werden kann.

Die Einleitung des hier skizzirten Verfahrens erfolgt immer nur auf Antrag sei es einer Privatpartei oder des Kammerprocurators.[24]) Ein solcher Antrag kann durch einen Auftrag der Regierung oder einer Finanzbehörde provocirt sein.[25]) Die Privatpartei hat ihren Klagsantrag je nach dem Inhalte des Rechtsverhältnisses, aus welchem der Klagsanspruch abgeleitet wird, entweder gegen eine andere Privatpartei[26]) oder gegen den Beamten zu richten, dem sie eine Verletzung ihrer Rechte zur Last legt, oder, wenn sie eine Leistung oder Unterlassung

---

[23]) Und was daselbs mit Recht erkant und gesprochen wirdet, dabey sol es on waigerung endlichen bleiben, und der genandt unser Obrist Hauptmann, mit seinen geordneten Stadthaltern und Räthen, dem gstraggs Exekution und volziehung thuen, n.-ö. Regimentsordnung von 1501 und 1502, Kärnth. Landhandf. S. 44. Oesterreichische Zeitschrift, S. 235. Ebenso die n.-ö. Hofrathsinstructionen von 1521 und 1523 bei Rosenthal, a. a. O. S. 211 und 222. Ueber den Verband zwischen Landesfürsten und Landschaft behufs Bestreitung der Kosten der Execution vgl. das Innsbrucker Libell in der Kärnthn. Landhandf., S. 120.

[24]) Wir finden die Anweisung an die Regierungen, Recht ergehen zu lassen, immer an die Bedingung geknüpft, dass sie von den Parteien darum angerufen werden. Vgl. schon die Schatzkammerordnung von 1498 bei Adler, a. a. O. S. 531. Ebenso die n.-ö. Hofrathsinstructionen von 1521 und 1523, welche den Hofrath ermächtigen, in allen rechtlichen handlungen, was uns auch unser underthanen berurend auf unsers camerprocurators und der partheien anrueffen unverzogenlichen und furderlichen recht ergeen zu lassen, Rosenthal, a. a. O. S. 211, 222.

[25]) Rosenthal, a. a. O. S. 213, erster Absatz, 214, erster Absatz, 120, Anmerkung 1.

[26]) Vgl. die Klage der Gemeinde Himberg gegen den Mauthpächter Bernhard Pinter auf Ausbesserung der Wege und Räumung der Gräben um Himberg, erwähnt im *Codex Austr.*, III, S. 392. Urtheil 19. December 1695.

Digitized by Google

vom Landesfürsten selbst beansprucht, gegen den Kammerprocurator.[27]) Die Klage gegen einen Beamten, welchem der Kläger eine Rechtsverletzung zur Last legt, lautet auf Anerkennung, dass der Geklagte die Grenzen der ihm übertragenen Gewalt überschritten[28]), dass er eine Verfügung über die Person oder das Vermögen des Klägers getroffen hat, zu welcher er nicht berechtigt ist, zugleich aber auf Verurtheilung des Geklagten zur Wiederherstellung des vorigen Zustands zu Gunsten des Klägers, zuweilen auch auf Auftrag an den Geklagten, sich künftig derartiger Rechtsverletzung zu enthalten. Sie ist vergleichbar mit einer Negatorienklage, mit welcher der Eigenthümer Anmassungen von Verfügungsrechten dritter über die ihm gehörige Seche abwehrt. Das Vermögen oder die Freiheit bildet den Gegenstand der Rechtsvertheidigung gegenüber dem Eingriffe der Verwaltung.[29]) In dem an früherer Stelle erwähnten Falle stellt der Abt von Mölk das Klagsbegehren: es habe dem Kaiserl. Handgraffen Ambt nicht gebühret, zuwider dem Recess vom 28. Juli 1689[30]) einen Aufschlag von denjenigen Körnern, welche der Kläger auff seinen und seines anvertrauten Closters Herrschaffts-Kasten im Mölcker-Hoff verschiedenen Müllern verkaufft, abzufordern und einzunehmen, und sei demnach beklagtes Handgraffen-Ambt nicht allein solchen indebite eingenommenen Traid-Auffschlag widerumb zu restituiren sondern auch sich in's künfftig dergleichen

---

[27]) Sehr bemerkenswerth ist das bei Suttinger, a. a. O. S. 62, mitgetheilte Gutachten der n.-ö. Kammer, welches für die Executionsfähigkeit der gegen den Landesfürsten beziehentlich dessen Fiscus ausgefallenen auf Zahlung lautenden Erkenntnisse plaidirt. Es möge der Justiz freier Lauf gelassen werden, da Executionseinstellungen in Fällen dieser Art Ihr. Majest. zu hoher Verkleinerung und dem ganzen Lande zum Verderben gereichen. Vgl. dagegen ebenda S. 210.

[28]) Das bei Chmel, a. a. O. S. 4, Nr. 4 wiederholt mitgetheilte Rescript Maximilians I. vom Jahre 1493 erklärt es als Amtspflicht des Königs, Jedermann auf Anrufen vor Gewalt zu schützen. Der Augsburger Ausschusslandtag klagt, dass die Stände wie die Unterthänigen von den landesfürstlichen Beamten aus ihrer Gewalt weit und hoch übernommen würden. Kärnthn. Landhandf. S. 64. Die Instruction der n.-ö. Raitkammer von 1539 spricht von Klagen, so gewaltig oder ander eingriff betreffen, Rosenthal, a. a. O. S. 163; das französische Verwaltungsrecht von einem *excès de pouvoir*.

[29]) Löning's Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, S. 12.

[30]) *Codex Austr.* I, S. 755.

Digitized by Google

Ab- und Einforderung deß Aufschlags von allen deß Klägers und seines anvertrauten Closters auff dessen Kästen allhier. und anderwärtig von erster Hand verkaufften Herrschaffts-Körnern sich allerdings zu enthalten schuldig. Das Urtheil, welches diesem Klagebegehren stattgibt, beschränkt sich also nicht darauf, auszusprechen, worin die von dem geklagten Beamten dem Unterthan zugefügte Rechtsverletzung bestehe, sondern gibt dem Geklagten auch einen umschriebenen Auftrag zur Wiederherstellung des verletzten Rechts. Es ist also nicht blos declaratorischen oder blos cassatorischen, sondern condemnatorischen Inhalts, und so haben die Regierungen in dem Umfange, in welchem sie Verwaltungsrechtspflege übten, einen technisch vollkommeneren Rechtsschutz gewährt als der gegenwärtige österreichische Verwaltungsgerichtshof, welcher nur auf cassatorische Erkenntnisse beschränkt ist und es den Verwaltungsbehörden überlassen muss, sich die Directive für ihr Verhalten gegenüber dem erfolgreichen Beschwerdeführer aus der Begründung seines cassatorischen Erkenntnisses herauszuconstruiren.

Digitized by Google

II.

Die Finanzprocuratur.

Ein Beitrag zur Reform derselben.

Von

Dr. Adolf Last,

k. k. Finanzprocuratur-Secretär in Czernowitz.

Die Vorbereitungen für das Inslebentreten der neuen Civilprocessgesetze gehen ihrer Vollendung entgegen. Unter den schwierigen politischen Verhältnissen Oesterreichs fast einem Wunder gleich entstanden, soll das grosse Gesetzgebungswerk demnächst seine Wirksamkeit beginnen. Gleich jeder grossen Lebenserscheinung sendet es seine Wirkungen beinahe nach allen Gebieten des Lebens. Beinahe alle Kreise der Bevölkerung werden von ihm in ihren wirthschaftlichen und socialen Verhältnissen berührt, unmittelbar und nachhaltig diejenigen, die ihr Beruf in den Dienst der Rechtsprechung stellt.

Im Dienste der Rechtsprechung steht auch die Finanzprocuratur, welche durch ihre Dienstesverfassung unter Anderem auch zur gerichtlichen Vertretung des Staatsvermögens und einer Reihe öffentlicher Fonde berufen ist. Diesen Theil ihres Berufes konnte dieselbe bisher natürlich nur nach Massgabe der geltenden Civilprocessgesetze, namentlich der Gerichtsordnungen ausüben. Die Mittel, welche die Dienstesverfassung ihr zu diesem Zwecke an die Hand gibt, sind für ein mündliches unmittelbares Verfahren unzulänglich. Diese Unzulänglichkeit machte sich schon im mündlich-unmittelbaren Bagatellverfahren oft empfindlich geltend. Nunmehr wird in zahlreichen Bestimmungen der neuen Civilprocessgesetze, insbesondere in den entscheidenden Artikeln IV, Zf. 1 und XXXII des Einführungsgesetzes zur C. P. O. sowie im letzten Absatz des §. 27 der C. P. O. die gerichtliche Vertretung der Finanzprocuratur aus triftigen Gründen aufrecht erhalten. Unmittelbar aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ergeben sich manche Aenderungen in der geltenden Dienstesverfassung der Finanzprocuratur, indirect aber geht aus ihnen die Nothwendigkeit einer durchgreifenden Aenderung der Dienstesverfassung in Ansehung

Digitized by Google

der gerichtlichen Vertretung sowie die Richtung dieser Aenderung hervor. Ohne eine solche ist es unmöglich, dass die Finanzprocuratur den Weg aus dem schriftlichen mittelbaren zum mündlichen unmittelbaren Verfahren finde.

Allein nicht blos in dieser Richtung bedarf die Dienstesverfassung der Finanzprocuratur der Reform: Eine mangelhafte Organisation, ein bis zur jüngsten Zeit permanentes Missverhältniss zwischen Arbeitskraft und Arbeitslast und ein stückweise und ungenau geregelter Wirkungskreis hat die Finanzprocuratur gehindert, ihren Beruf innerhalb der staatlichen Verwaltung und sich selbst im Organismus der staatlichen Behörden zur Geltung zu bringen; die wesentliche Bedeutung ihres Berufes wurde oft verkannt, sie selbst gewissermassen übersehen. Ist es nun einmal unvermeidlich geworden, dass die Staatsverwaltung der Finanzprocuratur Aufmerksamkeit zuwende, um derselben die Möglichkeit zu schaffen, aus der Schreibstube in den Verhandlungssaal des Gerichtes zu treten, so darf man erwarten, dass die Staatsverwaltung über den unmittelbaren Anlass hinausgehen und die Dienstesverfassung in ihrer Gesammtheit einer durchgreifenden Reform unterziehen werde, damit die Finanzprocuratur endlich aus dem Jahrzehnte alten provisorischen Zustande hinauskommen und in entsprechender Organisation mit ausreichenden Arbeitskräften zu einem wohldefinirten Wirkungskreise gelangen könne, dessen wesentliche Bedeutung innerhalb der Staatsverwaltung auch bisher trotz der bestehenden Mängel keinem kundigen Auge entgangen ist.

I. Geschichtliche Entwicklung.

Der Wirkungskreis und die Amtswirksamkeit der Finanzprocuratur ist derzeit weder einheitlich noch vollständig geregelt. Die theils in verschiedenen Anordnungen enthaltenen, theils durch Interpretation und durch analoge Anwendung gewonnenen Normen schaffen einen häufig lückenhaften, schwankenden und unbestimmten Rechtszustand. Will man diesen letzteren wenigstens in seinen allgemeinen Umrissen festhalten und zugleich prüfen, inwiefern derselbe einer einheitlichen Zusammenfassung und einer eingehenderen Ausgestaltung zugänglich ist und in welcher Richtung er eine Aenderung sowohl im Allgemeinen, als mit Rücksicht auf das bevorstehende Inkrafttreten der neuen Civilprocessgesetze erfordert, so muss man das Institut der Finanzprocuraturen als ein gewordenes erkennen, muss das, was gewesen, von dem, was daraus geworden ist, auseinanderhalten und zugleich Beides sowohl mit einander als auch mit ähnlichen Gebilden, die anderwärts bestehen, vergleichen.

Aus den Kammerprocuraturen hervorgegangen, sind die Finanzprocuraturen doch wesentlich verschieden von denselben. Die Dienstesbestimmung der Kammerprocuraturen ist in den §§. 1—9, 16, 17 und 22 ff. der mit dem Hofdecrete vom 10. März 1783, J. G. S. Nr. 124 für die Fiscalämter der böhmisch-österreichisch-deutschen

Digitized by Google

Erblande erlassenen Instruction und in den §§. 1—13 und 17—36 der Instruction für das ostgalizische Fiscalamt vom 15. März 1801, J. G. S. Nr. 526 enthalten: Die Kammerprocuraturen waren „Vertreter aller landesfürstlichen Rechte und zugleich Aufseher über die Befolgung sämmtlicher im Lande erlassenen Gesetze"; sie hatten alles staatliche Vermögen, welcher Natur immer es sein mochte, sowie das Privatvermögen des Landesfürsten, die milden Stiftungen, die landesfürstlichen Pfarreien und Beneficien und das Vermögen aufgelassener Stifter, Klöster und sonstiger Corporationen, so lange sie unter Aerarialverwaltung waren (das ostgalizische Fiscalamt: alles Pfarr-, Beneficial-, Stifts-, Kloster- und kirchliche Corporationsvermögen) zu vertreten, ohne dass diese Vertretung auf das Gericht beschränkt wäre, den Behörden berathend und ermahnend beizustehen und über deren Verlangen Urkunden zu entwerfen; sie hatten die landesfürstliche Lehenshoheit, die Integrität der Majestätsrechte, der Landesgrenzen und der Territorialhoheit zu schützen und die Unterthansadvocaten zu überwachen, weil ihnen auch die Vertretung der Unterthanen den Grundobrigkeiten gegenüber oblag; sie waren endlich Wächter des Gesetzes, hatten deshalb bei der Verfolgung von Gesetzesübertretungen criminneller oder sonstiger Natur mitzuwirken, nach dem auf Grund allerhöchster Entschliessung vom 28. November 1826 ergangenen Hofdecrete vom 2. November 1827, P. G. S. Nr. 119 bei Adelsanmassungen als Anklagebehörden zu fungiren, waren befugt, bei den Sitzungen einer jeden Behörde zu erscheinen und an der Berathung theilzunehmen, sowie wegen Nichtbefolgung der Gesetze alle Behörden zu censuriren und Beschwerde gegen dieselben zu führen. Ueberdies berief sie §. 97 des a. b. G. B. zur Vertheidigung des Ehebandes.

Wohl tritt in beiden Instructionen der anwaltschaftliche Charakter der Kammerprocuraturen deutlich hervor, doch darf nicht übersehen werden, dass diese legislativen Ordnungen, wie es bei Codificationen oft der Fall ist, am Ende einer Entwicklung stehen, welche den Keim des Kommenden und des Zerfalles des Bestehenden bereits in sich trägt. Trotzdem aber ist auch aus den nur andeutungsweise wiedergegebenen Bestimmungen der beiden Instructionen deutlich zu entnehmen, dass die anwaltschaftliche Function der Kammerprocuraturen weit hinter ihrer sonstigen Dienstesbestimmung zurücktrat und nur eine Folge dieser letzteren war. Sie waren Repräsentanten des Staatsgedankens und, weil dieser im Landesfürsten seine ausschliessliche und vollständige Verkörperung fand, Repräsentanten des Landesfürsten.

Es bedarf beinahe nur einer Wortübertragung, um zu den *gens du roi* Altfrankreichs zu gelangen. Auch die *procureurs* und *avocats généraux* sowie die *procureurs* und *avocats du roi* hatten das Staatsvermögen und das königliche Privatvermögen sowie das Vermögen der Kirche, der geistlichen und weltlichen Körperschaften zu vertreten, die Lehenshoheit des Königs zu schützen, über die Befolgung

Digitized by Google

der Gesetze zu wachen und Gesetzesübertretungen zu verfolgen, und auch das Aufsichtsrecht des *ministère public* über die *officiers ministeriels (avoués, greffiers, huissiers: loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, art. 45)* geht auf diese Institution zurück (vgl. Frey, Die Staatsanwaltschaft, §. 2).

Die Aehnlichkeit zwischen den Kammerprocuraturen und den *gens du roi* ist auffallend. Und wenn auch die ersteren niemals zu der ungeheuren Bedeutung der letzteren gelangt sind, so waren beide dennoch wesensgleich, weil sie aus derselben Ursache, aus dem Leben des feudalen Staates hervorgegangen waren (vgl. auch Faustin Hélie, *Theorie du code d'instruction criminelle, §. 74, No. 360 s. s.*). Dieses hatte den Kampf des einheitlichen Staatsgedankens gegen die Sonderbestrebungen der Stände zum Inhalte, und der Landesfürst, der Träger des einheitlichen Staatsgedankens, bedurfte eines Repräsentanten gegenüber den ständischen Einrichtungen, die nicht eine Emanation seiner Gewalt waren. Dass hier wie dort die Vertreter „Procuratoren", Anwälte waren und hiessen, mag zum Theil auf der innigen Verbindung beruhen, die im feudalen Staate zwischen öffentlichem und Privatrechte bestand und zugleich auf der geringen Entwicklung der Arbeitstheilung in den öffentlichen Functionen.

Mit dem Siege des Landesfürsten über die Stände, der staatlichen über die ständischen Einrichtungen verliert jenes Institut seine Existenzberechtigung als das, was es war. Die Rechtsordnung, die dem Staatswillen entspringt und nicht mehr zum überwiegenden Theil ein Inbegriff privatrechtlicher Privilegien ist, wird von Behörden gehandhabt, welche nicht mehr ständische Prärogativen, sondern die Staatsgewalt repräsentiren.

Vor diesen Behörden ist für ein Organ, welches so, wie das früher der Fall war, den Staatswillen zur Geltung zu bringen hätte, kein Raum mehr. Und da ist die Beobachtung lehrreich, dass hier und dort die Entwicklung verschiedene Wege einschlägt, trotzdem aber den gemeinschaftlichen Ursprung nicht ganz zu verleugnen vermag: In Frankreich wird aus den *gens du roi* nach mehrfachen kurzen Schwankungen *le ministère public* in dem weiten Sinne des heutigen französischen Rechtes, in Oesterreich wird aus der Kammerprocuratur die Finanzprocuratur, wie sie auf Grund der allerhöchsten Entschliessung vom 21. December 1850 im Finanzministerialerlass vom 13. August 1851, R. G. Bl. Nr. 188 gedacht war und in der Folge sich auch entwickelt hat. Dort werden die *gens du roi* zum *„oeil du gouvernement"* zum *„oeil de la loi"*, zu Vertretern des öffentlichen, staatlichen Interesses vor den Gerichts- und in der Folge auch vor andern Behörden, welche und insoferne sie richterliche Functionen ausüben, während sie nur ganz ausnahmsweise als Anwälte des Fiscus vor Gericht erscheinen (vgl. Block: *Dictionnaire de l'administration française verb.: Ministère public*). Hier aber werden die Kammerprocuraturen in Rechtsanwälte des Fiscus und des

Digitized by Google

dem Fiscus gleichgeachteten Vermögens umgewandelt, ihnen jedoch auch zeitweilig die Agenden der Kammerprocuraturen überwiesen mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass der Fortschritt der Gesetzgebung und die Entwicklung der neuen Verwaltungseinrichtungen ihre Stellung als blosse Rechtsanwälte zu vollenden haben wird.

Diese letztere Entwicklung scheint mit Rücksicht auf das Vorausgeschickte logisch richtiger, in den veranlassenden Thatsachen begründeter zu sein. Und in der That hat der Umstand, dass die rechtsanwaltschaftliche Vertretung des Fiscus ausser Betracht blieb, in Frankreich und in den Ländern, welche diesbezüglich der französischen Gesetzgebung folgen, zu erheblichen Missständen geführt, welche zu einer einheitlichen Regelung des Institutes der rechtsanwaltschaftlichen Fiscalvertretung drängen, was noch in der Folge zu berühren sein wird.

Allein ein erheblicherer Missstand wäre es, wenn nunmehr das zweite, in Frankreich ausschliesslich betonte Element im Wirkungskreise der Kammerprocuraturen, nämlich die Vertretung des öffentlichen staatlichen Interesses ausser Betracht bliebe. Allerdings hat diese Vertretung ihr Wesen grundsätzlich verändert: War sie früher die Folge und eine der Erscheinungsformen des möglichen oder wirklichen Widerstreites zwischen der Staats- und einer ihr fremden Gewalt, so ist sie jetzt eine Folge des inhalts- und umfangreicher gewordenen Rechtslebens und der sehr weitgehenden Arbeitstheilung im Rechtsstaate und als solche nicht minder nothwendig. Die Rechtsordnung, die beinahe alle Gebiete des individuellen und collectiven Menschendaseins umspannt, bedarf zu ihrer Handhabung eines Behördenapparates, dessen einzelne Glieder immer nur einem verhältnissmässig geringen Bruchtheile der gesammten Rechtsordnung dienstbar werden können, wenn sie anders diesen Bruchtheil der Rechtsordnung in zulänglicher Weise handhaben sollen. Innerhalb dieser einzelnen Glieder des Behördenapparates geht daher nothwendigerweise mehr oder minder der Zusammenhang der Rechtsordnung und die lebendige Wechselwirkung ihrer einzelnen Theile verloren. Das ist ein Uebel, weil die Rechtsordnung ein Ausdruck des staatlichen Lebens ist und dieses, gleich allem Leben, nur in der Erkenntniss, nicht aber in der realen Existenz eine Sonderung seiner Functionen verträgt.

Es muss demnach innerhalb des Behördenapparates ein Organ der Rechtsordnung als solches geben, welches den Zusammenhang zwischen den Behörden untereinander und mit der Gesammtordnung des Staates herstellt, ein Organ, dessen Function innerhalb der Behörden gewissermassen der Function ähnlich kommt, welche die Philosophie innerhalb der Specialzweige der Wissenschaft versieht. Diese Nothwendigkeit hat sich denn auch in Oesterreich, wenn auch in minder bewusster Weise als in Frankreich Geltung verschafft, was sich aus der Betrachtung des Wirkungskreises der Finanzprocuraturen ergibt.

Digitized by Google

II. Gegenwärtiger Wirkungskreis.

Schon der erwähnte Finanzministerialerlass vom 13. August 1851, R. G. Bl. Nr. 188 hatte, wie gesagt, den Finanzprocuraturen die Agenden der Kammerprocuraturen belassen und zugleich die Verfügung getroffen, dass die Amtsthätigkeit der Finanzprocuraturen mit dem „Fortschritte der Gesetzgebung und der Entwicklung der neuen Verwaltungseinrichtungen" auf die Rechtsvertretung und Rechtsberathung des Staatsvermögens und der dem Staatsvermögen gleichgehaltenen Fonde zurückgeführt werde. Hierin darf man nicht den Ausdruck der Meinung, es könnte die Vertretung des öffentlichen staatlichen Interesses jemals gänzlich entbehrlich werden, weit eher den Gedanken ausgesprochen finden, der Fortschritt der Gesetzgebung werde für diese Vertretung eine neue besondere Verwaltungseinrichtung bringen, etwa eine Staatsbehörde nach dem Vorbilde des französischen *ministère public*. Lange jedoch, ehe der erwartete Fortschritt realisirt werden konnte, erschien die provisorische Dienstesinstruction für die Finanzprocuraturen vom 16. Februar 1855, R. G. Bl. Nr. 34, und wohl nur weil sie in diese Zeit des Ueberganges und der nicht absehbaren Entwicklung fiel, bezeichnete sie sich als provisorische. In dieser fehlte der Nachsatz bezüglich des Ueberganges der Agenden der Kammerprocuraturen, und der Wirkungskreis der Finanzprocuraturen war auf die vermögensrechtliche Rechtsvertretung und Rechtsberathung beschränkt. Nur in einigen ganz wenigen Fällen kommt hier eine Vertretung des öffentlichen Interesses zur Geltung und auch in diesen nur indirecter Weise, wie bald gezeigt werden soll. Das öffentliche Interesse blieb demnach ohne berufsmässige Vertretung. Allein noch in demselben Jahre wurden mit dem Finanzministerialerlasse vom 17. December 1855, Nr. 19.040 die allerhöchsten Befehle vom 14. April und 30. October 1855 bekanntgegeben, welche zur Formel des oben erwähnten Erlasses vom 13. August 1851, R. G. Bl. Nr. 188 zurückkehrten und den Finanzprocuraturen auch alle sonstigen, den Kammerprocuraturen und Fiscalämtern kraft der früheren Gesetzgebung obgelegenen und in den §§. 1 und 2 der provisorischen Dienstesinstruction nicht begriffenen Amtsgeschäfte übertrugen, insoferne ihnen dieselben nicht durch nachgefolgte Gesetze oder Anordnungen ausdrücklich abgenommen worden sind (vgl. Mayrhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst, V. Aufl., I. Bd., S. 610 ff.). Trotzdem dieser Erlass niemals ordnungsmässig kundgemacht wurde, erschien derselbe als hinreichende Ergänzung der durch die provisorische Dienstesinstruction geschaffenen Lücke. Gemäss diesem Erlasse wurden die Finanzprocuraturen im Finanzministerialerlasse vom 13. Jänner 1868, Z. 46.945 zur Vertretung „der Militärverwaltung oder des Heiratscautionsbandes", im Finanzministerialerlasse vom 29. September 1892, Z. 28.132 ex 1891, V. Bl. des F. M. Nr. 49 ex 1892, S. 639 zum Einschreiten in Fällen der Gehaltspfändung berufen, auf Grund dieses Erlasses setzen die Finanz-

Digitized by Google

procuraturen die obenerwähnten den Kammerprocuraturen übertragenen Functionen als Anklagebehörden in Adelsanmassungsfällen fort u. s. w. Und dennoch war dieser Erlass höchstens ein blosses und recht dürftiges Auskunftsmittel. Denn ausdrücklich war recht eigentlich den Finanzprocuraturen keine Agende der Kammerprocuratur entzogen. Vielmehr hatte die nachgefolgte Ordnung der staatlichen Verhältnisse der Kammerprocuratur als solcher die Daseinsmöglichkeit genommen. Aber ihr Wirkungskreis war sachlich ein so umfassender gewesen, dass die allgemeine Uebertragung ihrer Agenden auf die Finanzprocuratur es ermöglichte, die letztere zu jeglicher Vertretung und jeglicher Berathung heranzuziehen. Von einer umfassenden und bewussten Regelung der Vertretung des öffentlichen Interesses, wie dies in Frankreich geschehen ist, war hier auch nicht im Entferntesten die Rede. So unbestimmt und ungeregelt ist der Zustand bis auf den heutigen Tag geblieben. Alle Entwicklung der Gesetzgebung und der Verwaltungseinrichtungen hat eine berufsmässige Vertretung des staatlichen öffentlichen Interesses im Allgemeinen nicht gebracht, wohl aber die Erkenntniss, dass eine Staatsbehörde im Sinne des französischen *ministère public* kaum noch zu gewärtigen ist und dass eine Regelung des Zustandes nur im Anschlusse an eine neue Einrichtung und an eine nähere Bestimmung des Wirkungskreises der Finanzprocuraturen erfolgen kann.

Allein nicht blos in dieser Richtung bedarf der gegenwärtige Wirkungskreis der Finanzprocuraturen einer Revision, sondern auch in Bezug auf jene Amtsthätigkeit, zu deren Ausübung die Finanzprocuraturen recht eigentlich berufen sind. Diese ist im §. 1 und 2 der erwähnten provisorischen Dienstesinstruction näher bestimmt. Darnach sind die Finanzprocuraturen *a)* zur gerichtlichen Vertretung überhaupt und insbesondere zur Führung der Rechtsstreite des Staatsvermögens und der dem Staatsvermögen gleichgehaltenen Fonde, *b)* zur Erstattung von Rechtsgutachten und *c)* zur Mitwirkung beim Zustandebringen von Rechtsgeschäften berufen, beides ebenfalls nur in Ansehung des Staatsvermögens und der bezeichneten Fonde, beides nur über Aufforderung der Staatsbehörden. Dieser letztere Zusatz hatte den Zweck, anzudeuten, dass die den Kammerprocuraturen im §. 9 des Patentes von 1783 und in den §§. 18 und 29 der Fiscalinstruction von 1801 ertheilte Befugniss, „*proprio motu*“ den Behörden Rechtsbelehrung zu ertheilen und ihnen eventuell auch entgegenzutreten, den Finanzprocuraturen nicht zustehe. Was aber die gerichtliche Vertretung der Finanzprocuratur betrifft, so ist dieselbe als eine obligatorische gedacht, d. h. das staatliche und Fondsvermögen können sich dieser Vertretung nicht entziehen. Allerdings ist aus Zweckmässigkeitsrücksichten in einzelnen, wenigen Fällen und für einzelne Handlungen des gerichtlichen Verfahrens auch ein beschränktes Einschreiten anderer, meist niederer Verwaltungsbehörden zugelassen, was jedoch die obligatorische Natur der gerichtlichen Vertretung durch die Finanzpro-

Digitized by Google

euratur nicht alterirt. Allein da die obligatorische Natur dieser Vertretung nicht ausdrücklich normirt wurde, ist dieselbe nicht unbestritten geblieben. Zweifel wurden seitens mancher, namentlich kirchlicher Fonde rege gemacht, welche die Vertretung durch die Finanzprocuratur nur als eine ökonomische Entlastung ansehen und nur als solche gelten lassen, im Uebrigen ihre Freiheit wahren wollten, sich gegebenen Falls dieser Vertretung zu entschlagen. Bei der alsbald zu kennzeichnenden wesentlichen und praktischen Bedeutung der obligatorischen gerichtlichen Vertretung wäre dieselbe durch ausdrückliche Norm ausser Zweifel zu stellen.

Diese Thätigkeit der Finanzprocuraturen erstreckt sich — wie gesagt — auf das Staatsvermögen und die demselben gleichgehaltenen Fonde. Was darunter zu verstehen ist, bestimmt §. 2 der provisorischen Dienstesinstruction: Das Staatsvermögen wird nicht definirt, sondern durch Benennung einzelner Vermögensbestandtheile und Einkommensarten umschrieben, was weder nothwendig noch zweckmässig ist. In dieser Umschreibung werden aber auch die Landesgrenzen und die Territorialhoheit genannt, eine Reminiscenz aus den alten Fiscalinstructionen, die unter einen andern Gesichtspunkt fällt. Selbstverständlich ist hier nur an das Staatsvermögen der diesseitigen Reichshälfte gedacht. Allein auf Grund der noch später zu erwähnenden Finanzministerialverordnung vom 13. Jänner 1868, Z. 46.638, V. Bl. des F. M. Nr. 4 ex 1868, pag. 25 und des §. 9 des Gesetzes vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78, welche in dieser Beziehung den Militärfiscus dem österreichischen Fiscus gleichstellen, leistet die Finanzprocuratur auch allem Vermögen des Gesammtstaates Rechtsbeistand. Bezüglich des ungarischen Fiscus wurde im §. 45 der Finanzministerialverordnung vom 2. October 1868, R. G. Bl. Nr. 138, die Vertretung durch die Finanzprocuratur bei der gerichtlichen Hereinbringung von Gebühren, Verbrauchsstempeln und Taxen und mit F. M. E. vom 15. August 1888, Z. 18.928, mit Rücksicht auf die zugesicherte Reciprocität die gerichtliche Vertretung in allen anderen Fällen, wo es sich um Hereinbringung von Aerarialforderungen für das königl. ungarische (croatische) Aerar handelt, angeordnet und zugleich bestimmt, dass, wenn einzelne Gerichte die Vertretungslegitimation für das königl. ungarische (croatische) Aerar lediglich *ex lege* nicht gelten lassen sollten, was insbesondere bei Aerarialforderungen privatrechtlichen Titels der Fall sein könnte, von der betreffenden königl. ungarischen Behörde eine specielle Vertretungsvollmacht einzuholen sei.

Als Fonde, welche dem Staatsvermögen gleichzuhalten sind, werden genannt die von Staatsbehörden verwalteten oder vom Staatsschatze ganz oder theilweise dotirten Fonde, die von Staatsbehörden verwalteten Stiftungen, Kirchen, sowie das Vermögen geistlicher Beneficien, insofern es sich um die ursprüngliche Bestiftung derselben oder um die Integrität des Stammvermögens handelt, und das landesfürstliche Patronatsrecht. In der Reihe dieser Fonde finden sich auch

Digitized by Google

die nicht von Staatsbehörden verwalteten Stiftungen, insoferne es sich um die erste Constituirung der Stiftung und um Einbringung des Vermögens zum Zwecke der Constituirung handelt. Auch in dieser Richtung, gleichwie bei der Territorialhoheit und der Landesgrenzen, fällt der Rechtsbeistand der Finanzprocuratur nicht unter rein vermögensrechtlichen Gesichtspunkt. Dass in beiden letzteren Fällen hoheitliche Rechte des Staates in Frage kommen, dürfte nicht bezweifelt werden, allein auch im Falle der nicht constituirten Stiftung macht die Finanzprocuratur nur das staatliche öffentliche Interesse „an der Realisirung nach dem Willen der Erblasser und Stifter" geltend, wie es im Hofkanzleidecrete vom 31. December 1820, P. G. S., Bd. 48, Nr. 160 heisst. Es sind dies die oben berührten Ausnahmsfälle, in denen auch die Dienstesinstruction die Finanzprocuraturen zur Vertretung eines öffentlichen Interesses, wenn auch nur indirect beruft, indem diese öffentlichen Interessen in die Aufzählung der Vermögenskreise aufgenommen werden, denen die Finanzprocuratur Rechtsbeistand zu leisten hat. Die Reihe dieser Vermögenskreise wurde in der Folge durch gewisse Kategorien von Schulfonden (Verordnung des Finanz-, Cultus- und Unterrichts- und Justizministeriums vom 14. Juli 1872, R. G. Bl. Nr. 119) und in beschränkter Weise durch die Betriebscassen (§. 47, Zf. 5 des Gesetzes vom 30. März 1888, R. G. Bl. Nr. 33) vergrössert. Dazu kommt noch, dass durch die oben erwähnte Uebertragung der Agenden der Kammerprocuraturen auf die Finanzprocuraturen diese gemäss dem soeben citirten Hofkanzleidecret vom 31. December 1820, P. G. S., Bd. 48, Nr. 160, auch die bereits constituirten unter Privatverwaltung stehenden Stiftungen „kraft des dem Staate zustehenden obersten Schutzes" dann vertreten, wenn die Vertretung gegen die Verwaltung selbst gerichtet ist. Ja selbst das Vermögen autonomer Zwangsverbände wird in mancher Hinsicht von den Finanzprocuraturen vertreten, namentlich wo es sich um Zuschläge zu den directen staatlichen Steuern handelt, die „durch dieselben Organe und Mittel" gleich den Steuern eingehoben werden, wie dies die meisten Gemeindeordnungen statuiren (vgl. jedoch §. 82 der Gemeindeordnung für die Bukowina, vgl. auch §. 82 der G. O. für Istrien, Kärnten, §. 80 G. O. für Oberösterreich und Steiermark).

Die den Finanzprocuraturen durch die Dienstesinstruction zugewiesenen Functionen sind demnach rechtsanwaltschaftlicher Natur. Aber keineswegs kann man sagen, die Finanzprocuratur sei zufolge der Dienstesinstruction der Rechtsanwalt des Staates und der von ihr vertretenen Fonde. Der Begriff des Rechtsanwaltes wird im §. 8 der Advocatenordnung vom 6. Juli 1868, R. G. Bl. Nr. 96, festgestellt. An diesem gemessen, zeigt es sich, in wie beschränktem Sinne die Finanzprocuratur zufolge der Dienstesinstruction Rechtsanwalt genannt werden kann. „Das Vertretungrecht eines Advocaten erstreckt sich auf alle Gerichte und Behörden," während die Dienstesinstruction den Finanzprocuraturen nur die Vertretung vor Gericht zuweist. Und

Digitized by Google

für die von der Finanzprocuratur vertretenen Vermögenskreise ist eine anwaltschaftliche Vertretung vor den Verwaltungsbehörden nicht minder erforderlich als eine solche vor Gericht. Je mehr die Pflege der öffentlichen Wohlfahrt sich entwickelt, desto mehr erweitert sich die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden, desto mehr tritt eine Theilung dieser Thätigkeit zwischen staatlichen und autonomen Verwaltungsbehörden ein, desto mehr complicirt sich das Verfahren vor diesen Behören, wird durch Formen und Fristen beschränkt und durch processuale Grundsätze näher bestimmt, die es dem gerichtlichen nahe bringen und zur Theilnahme an demselben gar oft ebenso viele Geschäftskenntniss und Gewandtheit erforderlich machen als das Verfahren vor Gericht. Der Mangel einer rechtsanwaltschaftlichen Vertretung wäre demnach für das Staatsvermögen und die demselben gleichgehaltenen Fonde eine empfindliche Lücke gewesen und diese wäre mit dem Fortschritte der Verwaltungsgesetzgebung immer empfindlicher geworden. Das vorhandene Bedürfniss fand auch in dieser Richtung an dem oben gekennzeichneten Auskunftsmittel seine momentane Befriedigung. Die Formel von der Uebertragung der Agenden der Kammerprocuraturen auf die Finanzprocuraturen konnte, da sie eben soviel zu besagen vermochte, auch die Heranziehung der Finanzprocuraturen zur Mitwirkung im Verfahren vor Verwaltungsbehörden decken. Aber auch hier blieb diese Heranziehung und diese Mitwirkung eine durchaus willkürliche, ungleiche und unbestimmte, weil jene Formel wohl die Handhabe bieten konnte, die Arbeitskraft der Finanzprocuraturen bis zu deren Erschöpfung in Anspruch zu nehmen, nicht aber im Entferntesten eine Regel enthielt, um die Mitwirkung zu einer gedeihlichen zu gestalten oder überhaupt zu gestalten. Auch in dieser Richtung harrt der Wirkungskreis der Finanzprocuraturen der definitiven Regelung. (Ueber den gegenwärtigen Wirkungskreis der Finanzprocuraturen vgl. die gründlichen Ausführungen Meisel's in Mischler-Ulbrich's Oesterr. Staatswörterbuch, verb. Finanzprocuratur II—VI.)

III. Zur Reform des Wirkungskreises.

Die durch die Civilprocessreform unvermeidlich gewordene Revision der Dienstesinstruction für die Finanzprocuraturen findet eine erfreuliche Thatsache vor, die Thatsache nämlich, dass die gerichtliche Vertretung des Staatsvermögens und der demselben gleichgestellten Fonde in den Händen einer staatlichen Behörde ruht, die eigens zu diesem Zwecke organisirt und durch uralte Tradition erzogen, das Princip der Arbeitstheilung auch in dieser Richtung zur vollen Geltung bringt. Das ist ein unleugbarer Vorzug gegenüber dem Auslande. Frankreich und die Länder des französischen Rechtes, z. B. Rumänien und heute durchwegs auch Deutschland, bedienen sich der privaten Anwälte als Processvertreter des Staatsvermögens. Dieser rechtliche Zustand kann factisch einigermassen dadurch ge-

Digitized by Google

mildert werden, dass die Verbindung mit den einzelnen Anwälten eine mehr oder minder dauernde sein und dadurch ein einmal in der Vertretung von Fiscalangelegenheiten bewährter Anwalt für längere Zeit festgehalten werden kann. Dies ist in Frankreich, namentlich aber in Rumänien der Fall, wo der *advocat al statului* (Staatsadvocat) ein stabiler Angestellter des Staates ist, ohne jedoch Staatsbeamter zu sein. Hierin liegt wohl ein Ansatz zur Aenderung eines Zustandes, der — wie bald gezeigt werden soll — noch grösseren Uebelstand in sich schliesst. Aber mehr als ein Ansatz liegt darin nicht. Einen seiner Aufgabe vollkommen gewachsenen Anwalt kann der freie Wettbewerb dem Staate niemals in solcher Weise sichern wie eine legislative Massnahme, welche die Erfordernisse eines Fiscalanwaltes feststellt und zur Bedingung eines organisirten Staatsdienstes macht. Denn alle Rechtsprechung in Fiscalsachen ist — wie Ulbrich (Oesterr. Staatsrecht, 2. Aufl., §. 82, S. 108 ff.) scharfsinnig und im Wesen zutreffend ausführt — in letzter Linie eine Ueberprüfung der Thätigkeit der Administrativ- durch die Gerichtsbehörden. Sie hat demnach eine gründliche Kenntniss des Verwaltungsrechtes und seines Verhältnisses zum bürgerlichen Rechte zur unerlässlichen Voraussetzung; und diese Kenntniss dem Gerichte zu vermitteln, liegt bei jedem Fiscalprocesse im Interesse der Staatsverwaltung, weil sie ein Interesse daran hat und haben muss, dass ihre Verfügungen vor Gericht aufrecht bleiben. Schon die gerichtliche Vertretung des Staatsvermögens macht daher eine specielle Ausbildung im Verwaltungsrechte nothwendig. Thatsächlich wird seit jeher eine solche vom österreichischen Finanzprocuraturs beamten gefordert: Zur Erlangung einer höheren Stelle bei den Finanzprocuraturen ist ein besonderer Nachweis der Kenntniss des Staats- und Verwaltungsrechtes erforderlich, wie er auch bei der Kammerprocuratur erforderlich war. Die beiden Prüfungen, die im §. 3, lit. b der provisorischen Dienstesinstruction gefordert werden, die Advocaturs- und die besondere Finanzprocuraturprüfung umfassen thatsächlich das gesammte geltende Recht, und es bedarf nur einer zweckmässigen Einrichtung der besonderen Finanzprocuraturprüfung, dass in derselben nicht ein unmögliches Erforderniss liege, einer Einrichtung nämlich, bei welcher der Finanzprocuraturs beamte die Kenntniss der Grundsätze, nicht aber allen Details, des Verwaltungs- und öffentlichen Rechtes, sowie des inneren Zusammenhanges der geltenden Rechtsordnung darzuthun hätte. In dieser speciellen Ausbildung, ferner in seiner Stellung als Staatsbeamter, d. i. in seiner engen Beziehung zum Staatsleben und der daraus erwachsenden Verantwortlichkeit, nicht zuletzt aber auch in der Tradition, die er in seinem Amte überkommt, liegt unstreitig die Ueberlegenheit des österreichischen Fiscalanwaltes vor dem des Auslandes. Aus dem, was den Vorzug der Finanzprocuratur bildet, kann aber mit gleicher Beruhigung gefolgert werden, dass nicht der mindeste Anlass vorliegt, deren anwaltschaftliche Vertretung des Staats- und Fondsvermögens auf die Gerichtsbehörden zu be-

Digitized by Google

schränken. Dieselbe Vertretung kann den Finanzprocuraturen auch im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden anvertraut werden, wenn und insoweit sie erforderlich wird. Und aus demselben Grunde kann es beinahe als willkommen bezeichnet werden, dass auch die Vertretung des öffentlichen Interesses nicht in andere Hände übergegangen ist. Die Finanzprocuraturen sind vermöge ihrer besonderen Ausbildung wie keine andere staatliche Behörde in der Lage, das öffentliche Interesse überall mit ausreichender Kunde zu vertreten, und es wäre deshalb ein Verstoss gegen den Grundsatz staatlicher Kräfteökonomie, diese Vertretung nicht ihnen zu übertragen. Selbst im Verfahren in Ehesachen (wie einst ähnlich die Kammerprocuraturen) und bei der Bestreitung der ehelichen Geburt (§. 158 b. G. B.) könnten sie ganz wohl interveniren, wenn man nicht vorzieht, der internationalen Gleichförmigkeit halber diese Intervention den Staatsanwaltschaften zu übertragen. So könnte denn durch die Reform die ofterwähnte, nur als vorübergehendes Auskunftsmittel gedachte Formel definitiv verwirklicht werden, könnten die Agenden der alten Kammerprocuraturen in neuer Regelung, diese selbst in neuem Wesen erstehen. Die Kammerprocuraturen waren Repräsentanten des feudalen Staates, die Finanzprocuraturen wären zu Repräsentanten des Rechtsstaates auszugestalten.

Dieser umfangreiche Wirkungskreis der Finanzprocuraturen würde sich — was sich schon aus dem bisher Ausgeführten ergibt — aus zwei gleich grossen und gleich wichtigen Gebieten zusammensetzen: die Finanzprocuratur wäre einerseits der Anwalt des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde, andererseits der Anwalt des öffentlichen staatlichen Interesses. Auf jedem der beiden Gebiete theilt sich die Thätigkeit der Finanzprocuratur — um eine Redewendung der geltenden Dienstesinstruction zu gebrauchen — in Rechtsberathung und Rechtsvertretung. Auf beiden Gebieten endlich sondert sich die Rechtsvertretung in die Vertretung vor den Gerichtsbehörden und in die Vertretung vor den Verwaltungsbehörden des Staates und der autonomen Verbände.

Innerhalb dieses Wirkungskreises bedarf die gerichtliche Vertretung des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde nicht viel mehr als einer einheitlichen und richtig formulirten Zusammenfassung, sonst ist sie schon gegenwärtig ihrem Umfange und ihrer rechtlichen Natur nach so gut wie festgestellt. Die letztere Thatsache namentlich ist erheblich: die gerichtliche Vertretung der Finanzprocuratur wird mit Recht als obligatorische anerkannt. Darin äussert sich der juristische Gedanke, dass diese gerichtliche Vertretung nicht mit dem Massstabe einer Processvollmacht anzusehen ist. Sie betrifft vielmehr die Processfähigkeit der von der Finanzprocuratur vertretenen Vermögenssubjecte; deren natürliche Handlungsunfähigkeit wird, wie bei allen juristischen

Digitized by Google

Personen, durch eine legale Vertretung beseitigt, aber alle diese Vertretungsorgane theilen ihre Vertretungsbefugnisse mit der Finanzprocuratur, welche allein berufen erscheint, für diese Vermögenssubjecte vor Gericht zu handeln, bis auf die minimalen Fälle, wo — wie oben angedeutet — auch hier mit der Finanzprocuratur andere Organe in sehr beschränktem Masse concurriren. Daraus ergibt sich aber die weitere juristische Consequenz, dass alle diese Vermögenssubjecte nur durch die Finanzprocuratur in giltiger Weise zu einer gerichtlichen Verhandlung herangezogen werden können. Wie sehr diese Consequenz praktisch wichtig ist, zeigt der Zustand in Frankreich und namentlich in Deutschland. In Frankreich gibt es trotz der relativ durchgreifenden Bestimmungen des *art. 69 code de procédure civile* der Schwierigkeiten genug, um gegen den Staat mit Sicherheit den Rechtsweg zu betreten; vollends aber in Deutschland sind diese Schwierigkeiten bedenklich und oft nur mühevoll und in gezwungener Weise zu umgehen, wie ein Blick auf die Schrift Ulrich Fritze's (Zusammenstellung der Behörden, welche den preussischen Landes- und den deutschen Reichsfiscus im Processe zu vertreten befugt sind) und den Aufsatz Pfizer's (Der Staat als Processpartei, in Gruchot's Beiträgen, Bd. XXXIV) lehrt, und Pfizer findet in diesem Zustande zur Frage Anlass, „ob es nicht passend wäre, die Processvertretung des Reiches und der Einzelstaaten allgemein gesetzlich zu ordnen". Auch wegen dieser praktisch überaus wichtigen Conseqenz wäre daher die obligatorische gerichtliche Vertretung des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde durch die Finanzprocuratur ausser allen Zweifel und Streit zu stellen.

Da die Vertretung des Staats- und Fondsvermögens die Handlungsfähigkeit der von der Finanzprocuratur vertretenen Vermögenssubjecte berührt, so wäre es allerdings möglich, auch die Vertretung des Staats- und Fondsvermögens im Verwaltungsverfahren zu einer obligatorischen zu gestalten und unleugbar würde auch hier die Sicherheit des rechtlichen Verkehrs erheblich gewinnen. Allein sowie beim gerichtlichen Verfahren dieses Moment nicht das einzige ausschlaggebende ist, kann es auch hier nicht allein einer so einschneidenden Bestimmung zur Grundlage dienen. Während aber bei der gerichtlichen Vertretung alle massgebenden Erwägungen die gleiche Richtung weisen, gilt dies von der Vertretung vor den Verwaltungsbehörden nicht. Vor Administrativbehörden ist nicht immer und nicht einmal in der Mehrheit der Fälle ein Vermögensrecht, viel häufiger ein Vermögensinteresse Gegenstand des Verfahrens, das mehr oder minder enge mit einem Vermögensrechte zusammenhängt. Die Wahrnehmung eines solchen Interesses hängt innig mit der allgemeinen Verwaltung des betreffenden Vermögens zusammen und hat gleich dieser freies, nicht allein von Erwägungen rechtlicher Natur geleitetes Ermessen zur Voraussetzung. Im Verwaltungsverfahren wäre es demnach bedenklich, die Finanzprocuratur an Stelle der Administrativbehörden, eine Behörde, die *quid iuris* zu fragen ge-

Digitized by Google

wohnt ist, an Stelle von Behörden zu setzen, die berufen sind, von Erwägungen der Zweckmässigkeit, der Nützlichkeit und der Billigkeit sich leiten zu lassen. Demnach hätte die Vertretung des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde vor Verwaltungsbehörden in erster Linie bei den betreffenden Vermögensverwaltungen zu bleiben und die Vertretung durch die Finanzprocuraturen erst in zweiter Linie einzutreten. Nicht in dem Sinne, dass die Finanzprocuratur im Verwaltungsverfahren als gewöhnliche Bevollmächtigte zu behandeln und etwa zur Vorweisung eines speciellen Auftrags zu verhalten wäre, vielmehr hätte auch hier die Finanzprocuratur kraft ihrer legalen Befugniss als Vertreterin des Vermögenssubjectes handelnd aufzutreten und in der Vertretungsbefugnis mit den Verwaltungsbehörden zu concurriren. Wohl aber hätte die Vertretungsbefugniss der bezüglichen Vermögensverwaltung in dem Sinne im Vordergrunde zu stehen, dass nur durch die letztere das Vermögenssubject giltig in das Verwaltungsverfahren einbezogen werden könnte, worauf es dann dem Ermessen dieser Vermögensverwaltung anheim gegeben bliebe, entweder unmittelbar oder durch Vermittlung oder unter Mitwirkung der Finanzprocuratur an dem Verfahren Theil zu nehmen. Durch diese Ordnung würde wohl nur selten für die Finanzprocuratur Anlass vorliegen, aus eigener Initiative in das Verwaltungsverfahren einzugreifen, weil die Verhandlung in demselben ohne Verständigung der bezüglichen Vermögensverwaltung das Vermögenssubject unberührt liesse, vielmehr würde die Finanzprocuratur in der Regel der Fälle nur über Anrufen der Vermögensverwaltung an dem Verfahren theilnehmen. Dadurch würde es möglich, die Thätigkeit der Finanzprocuratur in dieser Richtung auf das richtige Mass zurückzuführen, weil die Vermögensverwaltungen die selbständige oder mitwirkende Intervention der Finanzprocuratur nur dann anrufen würden, wenn sie im besonderen Falle ihre eigene Intervention nicht oder nicht vollständig ausreichend erachten würden. Und damit dies nicht anders geschehe und die Finanzprocuraturen vor unzweckmässiger Inanspruchnahme geschützt werden, wären die Vermögensverwaltungen anzuweisen, die Intervention oder Mitwirkung der Finanzprocuratur nur da in Anspruch zu nehmen, wo ein complicirtes Rechtsverhältniss im Verwaltungsverfahren begriffen, oder wo das Verfahren als solches ein complicirtes ist und fachkundige Vertretung erheischt, wobei die Befolgung dieser Weisung durch ein zu ordnendes Remonstrations- und Beschwerdeverfahren zu sichern wäre.

In dieser Weise dürfte die Vertretung des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde sowohl vor Gericht als auch vor Verwaltungsbehörden eine sachgemässe Regelung erfahren. Da aber, wo ein öffentliches Interesse in Frage kommt, bleibt das aus der Handlungs- und Processfähigkeit der juristischen Person abgeleitete Argument ganz ausser Betracht. Denn hier tritt der Staat nicht als Vermögenssubject, das im vermögensrechtlichen und wirthschaftlichen Verkehre steht, sondern als Hüter der Rechtsordnung auf.

Digitized by Google

In seiner Wohlfahrtspflege ergreift er das politische, gesellschaftliche, wirthschaftliche, religiöse, Familien-, beinahe alles Menschenleben im Staate durch Gesetzgebung und Verwaltung. Die Normen, welche die erstere schafft, müssen durch die letztere verwirklicht werden, und da — wie bereits bemerkt — jede Behörde nur zur Handhabung eines Theiles der Rechtsordnung berufen sein kann, so muss diese Behörde zugleich wachen, dass der ihr anvertraute Theil der Rechtsordnung durch die Wirksamkeit einer anderen Behörde nicht beirrt werde. Es kommt hier nicht so sehr auf eine Missachtung einer Norm des öffentlichen Rechtes durch eine behördliche Verhandlung oder Entscheidung an, häufiger auf einen Mangel an Erkenntniss und Einsicht in dieser Richtung, am häufigsten aber auf eine Ausgleichung der Wirkung verschiedener Rechtsnormen unter einander, auf die Herstellung der Harmonie innerhalb der gesammten Rechtsordnung. Diese Erkenntniss, namentlich die Ausgleichung eines wirklichen oder scheinbaren Widerstreites zwingender Rechtsnormen oder ganzer Rechtsinstitute untereinander zu vermitteln, ist eben die Aufgabe der Finanzprocuratur. Diese ist in der Lage, unbeirrt durch Detailkenntnisse und aus einer gewissen Entfernung von der thatsächlichen Handhabung der Rechtsordnung den Zusammenhang der letzteren zu erfassen, die Tragweite der einzelnen Normen und deren Einfluss auf benachbarte Gebiete des Rechtslebens zu bestimmen. Sie ist daher das berufene Organ für die Vertretung des öffentlichen Interesses vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden.

Wie sie aber als solches thätig zu werden hätte, ergibt sich auch hier aus der Natur der Sache: Da, wie gesagt, alle Behörden im Staate, auch die autonomen, innerhalb der staatlichen Rechtsordnung stehen und jede derselben mit der Handhabung eines Theiles derselben betraut ist, so ist, soweit jede Behörde sich in ihrem Wirkungskreise bewegt, der ihr anvertraute Theil der Rechtsordnung und sind die dadurch geschützten öffentlichen Interessen gesichert. Wenn aber eine dieser Behörden in einer Verhandlung oder Entscheidung über den ihr anvertrauten Theil der Rechtsordnung hinausgeht und ausser ihrem Wirkungskreise stehende öffentliche Interessen zu gefährden oder zu verletzen scheint, da ist in erster Reihe diejenige andere Behörde in der Lage, dies wahrzunehmen, in deren Wirkungskreis die Verhandlung oder Entscheidung hinübergreift und welcher die Handhabung der dem Anscheine nach gefährdeten oder verletzten, bestimmte öffentliche Interessen schützenden Normen anvertraut ist, weil nur diese andere Behörde mit dem bezüglichen Lebenskreise in lebendiger Verbindung steht und den Einfluss wahrzunehmen vermag, den von aussen kommende Einwirkungen auf diesen Lebenskreis üben. Ob aber diese scheinbare Verletzung eine wirkliche ist, ob nicht der angeblich hintangesetzten Norm eine andere aus einem andern Rechtsgebiete entgegensteht, die ihre Wirkung modificirt oder im gegebenen Falle ausschliesst, das zu prüfen

Digitized by Google

ist, wenn nicht geradezu eine offenkundige Missachtung oder Unkenntniss der fraglichen Norm seitens der verhandelnden oder entscheidenden Behörde vorliegt, nicht mehr jene andere Behörde, sondern die Finanzprocuratur in der Lage. Soll nun bei der verhandelnden oder entscheidenden Behörde zur Wahrung des gefährdeten oder verletzten Interesses eingeschritten werden, dann hätte dem Einschreiten über die Frage, ob eine solche Gefährdung oder Verletzung vorliegt, ein Einvernehmen zwischen der Finanzprocuratur und der anderen Behörde, in deren Wirkungskreis die Verhandlung oder Entscheidung hinübergreift, vorauszugehen. Dieses Einvernehmen würde von der letzteren durch eine Mittheilung oder ein Ansuchen angeregt, worauf die Finanzprocuratur das Ansuchen zu prüfen und zu vollziehen, beziehungsweise das Einschreiten für zulässig zu erklären, oder aber das Einschreiten abzulehnen, bezw. für unzulässig zu erklären hätte, wobei natürlich im letzteren Falle die endgiltige Entscheidung der zuständigen Centralbehörde vorbehalten bliebe. Würde schliesslich ein Einschreiten für erforderlich erkannt, so könnte dies jederzeit erfolgen, weil es sich vorausgesetztermassen um die Verletzung eines durch öffentlich rechtliche Norm geschützten öffentlichen Interesses handelt, deren Sanirung durch keine Rechtskraft und keinen Ablauf der Zeit ausgeschlossen werden kann.

Das Einvernehmen würde jedoch hier die Finanzprocuratur nur mit einer staatlichen Verwaltungsbehörde zu pflegen haben. Käme ein gefährdetes oder verletztes öffentliches Interesse in Frage, dessen Wahrnehmung einer autonomen Behörde übertragen ist, dann hätte diese selbst es zu vertreten, weil es dem autonomen Zwangsverbande, dem der Staat einen Theil der Wohlfahrtspflege und der Herrschaftsbefugnisse überlässt, grundsätzlich auch obliegt, diese mit seinen eigenen Mitteln wahrzunehmen. Dabei hätte der Umstand, ob zwischen der staatlichen Verwaltungsbehörde und der Finanzprocuratur das Einvernehmen gepflogen oder die Entscheidung der Centralbehörde eingeholt wurde, eine interne Angelegenheit der betheiligten Stellen zu bleiben, demnach nicht etwa die Finanzprocuratur, wenn sie einschreiten würde, die Ermächtigung der staatlichen Verwaltungsbehörde, diese, wenn sie einschreiten würde, das Einvernehmen mit der Finanzprocuratur, eventuell die eine oder die andere die Entscheidung der Centralbehörde auszuweisen.

Ein Ansatz zu einer ähnlichen Regelung dieser Vertretung findet sich bereits im §. 2 des Patentes von 1783 und im §. 5 der Fiscalinstruction von 1801. Die Kammerprocuraturen haben, heisst es in beiden wörtlich, „in den Geschäften welche das Majestätsrecht, die Territorialhoheit oder die Landesgrenze betreffen, niemals anders als nach vorläufiger Anfrage bei der Landesstelle und hierüber erhaltener Belehrung, welche auf das Genaueste zu befolgen ist, einzuschreiten". Dagegen wird ihnen ein Recht zu Vorstellungen und Beschwerden gerade in diesen Fällen nicht, sondern in anderen Fällen eingeräumt (insbesondere in Processfällen, worauf noch unten zurückgekommen wird).

Digitized by Google

Das Einschreiten zur Wahrung eines öffentlichen Interesses würde sich demnach vor einer verhandelnden oder entscheidenden staatlichen oder autonomen Behörde vollziehen, die über ihren Wirkungskreis hinausgeht, und hätte das Einvernehmen zwischen der Finanzprocuratur und derjenigen staatlichen Verwaltungsbehörde zur Voraussetzung, in deren Wirkungskreis die Verhandlung oder Entscheidung hineinragt.

Wer aber zum Einschreiten behufs Wahrung des öffentlichen Interesses zu berufen wäre, ob die letzterwähnte staatliche Verwaltungsbehörde oder die Finanzprocuratur, das ist in erster Reihe eine Frage der Zweckmässigkeit, und diese führt hier zu einer gleichen Ordnung, wie bei der vermögensrechtlichen Vertretung. Auch hier hätte die Vertretung vor Gericht obligatorisch durch die Finanzprocuratur zu erfolgen, hier aber nur wegen der engen berufsmässigen Verbindung zwischen dieser und den Gerichten und wegen der Vertrautheit der Finanzprocuratur mit den gerichtlichen Formen und dem Geschäftsgange der Gerichte. Wenn demnach die Wahrung eines öffentlichen Interesses vor Gericht erforderlich würde, so hätte die staatliche Verwaltungsbehörde das Ansuchen an die Finanzprocuratur zu richten, und diese wäre befugt, falls sie ein Einschreiten für unzulässig erachten würde, vorstellig zu werden, eventuell die Entscheidung des zuständigen Ministeriums oder der zuständigen Ministerien anzurufen. Dagegen hätte auch in dieser Richtung die Vertretung vor Verwaltungsbehörden (autonomen oder staatlichen), deren Verhandlung oder Entscheidung den Wirkungskreis einer andern, staatlichen Verwaltungsbehörde gefährdet oder verletzt, nach dem Ermessen der letzteren entweder durch diese unmittelbar oder durch die Finanzprocuratur zu erfolgen, eben weil jener Zweckmässigkeitsgrund hier nicht immer zutrifft. Dabei wäre die staatliche Verwaltungsbehörde anzuweisen, ein Einschreiten der Finanzprocuratur nur da in Anspruch zu nehmen, wo das zu wahrende öffentliche Interesse auch Normen berührt, deren Handhabung über den Wirkungskreis der die Finanzprocuratur in Anspruch nehmenden Verwaltungsbehörde hinausgeht oder wo Schwierigkeiten des Verfahrens eine solche Inanspruchnahme rechtfertigen. Jedenfalls aber hätte die staatliche Verwaltungsbehörde, dafern nicht etwa eine offenkundige Missachtung, ein Uebersehen oder eine Unkenntniss der ein öffentliches Interesse schützenden Norm seitens der anderen, verhandelnden oder entscheidenden (staatlichen oder autonomen) Verwaltungsbehörde vorliegt, das Gutachten der Finanzprocuratur darüber einzuholen, ob ein Fall zum Einschreiten behufs Wahrung eines öffentlichen Interesses vorhanden ist, und diese wäre alsdann befugt, wenn sie von der Ansicht der anfragenden Verwaltungsbehörde abweicht, vorstellig zu werden oder höhere Entscheidung zu verlangen.

Ausser dieser regelmässigen Art der Mitwirkung der Finanzprocuratur zur Wahrung des öffentlichen Interesses ist noch der Fall

Digitized by Google

möglich, dass eine Behörde, ehe sie eine Verhandlung einleitet oder eine Entscheidung trifft, die Finanzprocuratur darüber zu Rathe zieht, ob und inwieferne durch die Verhandlung oder Entscheidung ein öffentliches Interesse berührt wird, dessen Wahrnehmung nicht zum Wirkungskreise dieser Behörde gehört.

Man kann diesen Fall den des präventiven Schutzes des öffentlichen Interesses durch die Finanzprocuratur nennen, weil durch diese Mitwirkung der Finanzprocuratur einer Verletzung und hiedurch auch dem früher behandelten Einschreiten zur Wahrung des öffentlichen Interesses vorgebeugt werden soll. Während im vorigen Falle, wo es sich um ein Einschreiten zur Wahrung eines öffentlichen Interesses handelt, die Finanzprocuratur — wie gesagt — die Consulentin der staatlichen Verwaltungsbehörde bliebe und nur über deren Anregung einzuschreiten hätte, käme dieselbe hier, wo es sich um die Vorberathung handelt, ganz wohl in die Lage, auch eine autonome Behörde zu berathen, in dem Falle nämlich, wo diese im Begriffe wäre, durch eine Verhandlung oder Entscheidung in ein öffentliches Interesse einzugreifen, dessen Wahrnehmung in den Wirkungskreis einer staatlichen Behörde fällt, weil durch diese Berathung die Verletzung eines öffentlichen Interesses durch die autonome Behörde und ein Einschreiten vor derselben zur Wahrung des öffentlichen Interesses vermieden würde. Auch hier, nämlich bei dieser gewissermassen präventiven Berathung zur Wahrung des öffentlichen Interesses, könnte die Finanzprocuratur durch entsprechende Weisung an die Administrativbehörde vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme geschützt werden, wie dies schon der Erlass des Ministeriums des Innern vom 11. Jänner 1856, Z. 13.060, allerdings in unklarer Formulirung zu thun versucht (vgl. Mayrhofer, l. c. S. 618). Diese Weisung hätte nach Meisel's (l. c. V) richtiger Formulirung dahin zu gehen, dass ein Gutachten der Finanzprocuratur nur dann einzuholen sei, wenn eine Norm in Frage steht, deren Handhabung nicht in den Wirkungskreis der anfragenden Behörde gehört; und auch hier wäre die Befolgung dieser Weisung im Vorstellungs- und Beschwerdewege zu sichern, während die Beantwortung auffallend ungerechtfertigter Ansuchen autonomer Behörden von der Finanzprocuratur abgelehnt werden könnte.

Massregeln aber dafür, dass die Behörde in den Stand gesetzt werde, von jeder ein öffentliches Interesse gefährdenden oder verletzenden Verhandlung oder Entscheidung Kenntniss zu erlangen, lassen sich im Rahmen dieser Ordnung nicht vorschlagen, weil die Möglichkeiten einer solchen Gefährdung oder Verletzung so zahlreich sind wie die öffentlichen Interessen, ja beinahe wie die Verhandlungen und Entscheidungen selbst. In manchen Fällen liegt die Gefährdung eines öffentlichen Interesses allerdings so nahe, dass das Gesetz eine solche Massregel trifft; so schreibt die Ministerialverordnung vom 13. Juni 1858, R. G. Bl. Nr. 95 im §. 7 den Gerichten vor, von jeder Er-

Digitized by Google

werbung unbeweglichen Vermögens durch geistliche Orden oder Congregationen, sowie von jeder Veränderung im unbeweglichen Eigenthume der letzteren die Landesstelle zu verständigen. In manchen Fällen geschieht die Verständigung der Verwaltungsbehörde aus anderen Gründen und wird zum Anlass der Wahrung eines öffentlichen Interesses; so wenn die anweisende Behörde gemäss dem Finanzministerialerlasse vom 9. Mai 1860, R. G. Bl. Nr. 125 von einer Gehaltspfändung verständigt wird und diese zum Anlass nimmt, eine allfällige Verletzung der Executionsbeschränkungen wahrzunehmen (s. den oben citirten Finanzministerialerlass vom 29. September 1892, Z. 28.132 ex 1891, V. Bl. Nr. 49, S. 639; vgl. jetzt §. 89, 2. Abs. *in fine* und §. 295, letzter Absatz der neuen Executionsordnung). In anderen Fällen wird die verhandelnde oder entscheidende Behörde selbst Anlass nehmen, die betheiligte Verwaltungsbehörde heranzuziehen, so wenn ein Grundbuchsgericht in bedenklich scheinenden Fällen die Landesstelle von Ab- und Zuschreibungen in Landtafeleinlagen verständigt. Immer jedoch hätte als Regel, sei es für die gesetzlich anzuordnende oder für die von der Behörde selbst zu veranlassende Verständigung zu gelten, dass diese nicht an die Finanzprocuratur, sondern an die betheiligte Verwaltungsbehörde zu richten sei, welche das Weitere im Einvernehmen mit der Finanzprocuratur veranlassen kann. Wo aber eine solche Verständigung weder geboten ist, noch sonst geschieht, hätte die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses der Wachsamkeit der Verwaltungsbehörde überlassen zu bleiben.

Die soeben berührte häufige, ja unabsehbare Möglichkeit einer Gefährdung des öffentlichen Interesses hat in Frankreich bekanntlich zu einer ganz anderen Ordnung der Dinge, wenigstens vor den Civilgerichten geführt. Die Staatsbehörde schreitet dort in bestimmten Fällen (z. B. Art. 184, 489 ff. und 513 ff. *code civil*) als *partie principale* ein (dem nachgebildet die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehe- und Entmündungssachen — §. 569 und 595 der Reichscivilprocessordnung), sie schreitet in zahlreichen anderen Fällen (z. B. in Fällen, welche die öffentliche Ordnung, den Staat, Domänen, Gemeinden, öffentliche Anstalten, Zuwendungen an Arme, Statusrechte, Vormundschaften, Pflegebefohlene, Ehefrauen, Abwesende betreffen — Art. 85 *code de procedure civile*) als *partie jointe* ein, und kann endlich aus eigener Initiative oder über Aufforderung des Gerichtes in allen Fällen, die ihr dazu geeignet scheinen, einschreiten (Art. 83 *cit. in fine*). Die Einsicht, dass hier weit über das Ziel hinausgegangen wurde, fehlt auch in Frankreich nicht, und nur die Scheu, an der Institution überhaupt zu rühren, hält von einer Aenderung zurück. In Rumänien, das auch diese Einrichtung von Frankreich übernommen hatte, wurde mit dem Gesetze vom 29. October 1877 der dem bezogenen Art. 83 entsprechende Art. 80 der *procedura civila* einer tiefgehenden Aenderung unterzogen und beinahe nur die obligatorische Intervention der Staatsbehörde als *partie principale*, sowie

Digitized by Google

als *partie jointe* in Angelegenheiten Pflegebefohlener *(minori si interzisi)* beibehalten. Die Thätigkeit des *ministère public* ist eben da, wo es des Einvernehmens mit den Verwaltungsbehörden entbehrt, da nämlich, wo es mehr oder weniger unvermittelt einer Angelegenheit gegenüber tritt, was wohl bei mangelnder obligatorischer *communication* (Art. 480, 8°, *code de procédure civile*) zumeist der Fall ist, von sehr problematischem Werth. Französische Juristen weisen immer und immer wieder mit einem gewissen Stolz darauf hin, dass die Stimme des Gesetzes, das ist die Staatsbehörde, auch gegen den Staat selbst laut werden kann und oft auch laut wird, wenn nämlich der Staat als Fiscus vor Gericht erscheint. Das ist aber nur scheinbar ein idealer Zustand. Der Staat als Wahrer des Gesetzes und als Fiscus ist immer derselbe, und wenn er in offener Gerichtsverhandlung mit sich selbst in Widerstreit geräth, so kann nur er Schaden daran nehmen. Auch deshalb ist es gerade nicht besonders zu bedauern, wenn diesbezüglich die Entwicklung in Oesterreich eine andere Richtung eingeschlagen hat. In Oesterreich kann allerdings der Staat vor Gericht nicht mit sich selbst in Widerstreit gerathen, da das öffentliche Interesse und der Fiscus nur einen und denselben gerichtlichen Vertreter haben, aber darunter muss weder das erstere, noch der letztere leiden, weil deren Vertreter, die Finanzprocuratur, in innigem Contacte mit allen Verwaltungsbehörden, in der Lage und wegen ihrer Kenntniss der gesammten Rechtsordnung auch befähigt ist, einen drohenden oder wirklichen Widerstreit zwischen dem Staatsvermögen und einem öffentlichen Interesse geräuschlos und wirksamer auszugleichen, als dies durch die *conclusions* des französischen *ministère public* geschehen kann.

Die Thätigkeit der Finanzprocuratur zur Wahrung des Gesetzes wäre demnach theilweise eine vertretende vor einer verhandelnden oder entscheidenden Verwaltungsbehörde (staatlichen oder autonomen) über Anregung einer staatlichen Verwaltungsbehörde, in deren Wirkungskreis die Verhandlung oder Entscheidung eingreift. Hier tritt die Finanzprocuratur namens des Staates nicht als Vermögenssubjectes, sondern als Quelle und Hort der Rechtsordnung, namens der Staatsverwaltung schlechtweg auf. Theilweise aber wäre diese Thätigkeit eine begutachtende, in Anspruch genommen von jener (staatlichen oder autonomen) Verwaltungsbehörde, ehe sie eine Verhandlung einleitet oder eine Entscheidung fällt. Und hier greift die Thätigkeit zur Wahrung des öffentlichen Interesses in das zweite grosse Gebiet des Wirkungskreises der Finanzprocuraturen, nämlich in die Rechtsberathung ein. Denn auch diese letztere sondert sich — wie bereits oben bemerkt — in Rechtsberathung zur Wahrung des öffentlichen Interesses und Rechtsberathung in Angelegenheiten des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde. Die Gestaltung der ersteren ist im Obigen dargelegt. Die letztere hingegen hat schon im geltenden Zustande eine sachgemässe Gestaltung erfahren. Die

Digitized by Google

geltende Dienstesinstruction unterscheidet in dieser Richtung die Erstattung von Rechtsgutachten und die Mitwirkung beim Zustandebringen von Rechtsgeschäften. Es birgt sich darin die stille und wichtige Thätigkeit des Rechtsconsulenten, die der tägliche Verkehr nothwendig macht; der Rath bei drohenden Streitigkeiten, bei Sicherstellung von Ansprüchen, bei Eingehung, Aenderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen, die Entwerfung oder die Prüfung und Berichtigung von Rechtsurkunden, mit einem Wort: das gesammte Gebiet der Cautelarjurisprudenz, deren die grossen Vermögensverwaltungen, welchen die Finanzprocuratur Beistand zu leisten hat, keinen Augenblick entbehren können. Hier fügt — wie bereits erwähnt — die geltende Dienstesinstruction die Beschränkung hinzu, dass die Finanzprocuraturen nur über Ansuchen der Staatsbehörden mitzuwirken haben. Hierin liegt eine doppelte Negation, einerseits nämlich, dass die Finanzprocuraturen nicht von amtswegen einzugreifen haben und andererseits, dass sie nichtstaatlichen Behörden keine Rechtsberathung schulden. In beiden Richtungen ist die Bestimmung sachgemäss. Ein spontanes Eingreifen der Finanzprocuratur in die Verwaltung des Staats- und Fondsvermögens würde heute jedes inneren Grundes entbehren, wäre ein Uebergriff und eine Hemmung dieser Verwaltung. Dass aber die Finanzprocuratur — wie oben dargelegt wurde — in die Lage kommen kann, einer autonomen Behörde Rechtsgutachten zur Wahrung eines öffentlichen Interesses zu erstatten, oder dass sie — wie Meisel (l. c. V) bemerkt — auch nichtstaatlichen Verwaltungsorganen, die ein Gutachten im Wege der staatlichen Verwaltungsbehörde einholen könnten, direct ein solches erstattet, ändert nichts an der Thatsache, dass die Finanzprocuratur Rechtsconsulentin der Staatsverwaltung ist und bleiben soll. Die gegenwärtige Regelung der Rechtsberathung in Vermögensangelegenheiten könnte demnach nur noch in der Richtung eine Ergänzung erfahren, dass die Finanzprocuraturen vor übermässiger Inanspruchnahme durch angemessene Weisung an die Verwaltungsbehörden geschützt werden, ähnlich wie schon der citirte Erlass des Ministeriums des Innern vom 11. Jänner 1856, Z. 13.060, die Mitwirkung der Finanzprocuraturen auf das ernstlich Nothwendige zu beschränken sucht.

In dieser Weise würde der Wirkungskreis der Finanzprocuraturen in seinen beiden Thätigkeitsformen: der Rechtsberathung und Rechtsvertretung und mit seinen beiden Gegenständen: dem Staats- und Fondsvermögen und dem öffentlichen Interesse eine umfassende Regelung erfahren. Trotzdem würde selbstverständlich der auch gegenwärtig geltende Satz (§ 2, letzter Absatz der provisorischen Dienstesinstruction) Berechtigung und Wirksamkeit behalten, dass Zweifel über die sachliche Zuständigkeit durch das Finanzministerium, als die den Finanzprocuraturen vorgesetzte Behörde, zu lösen sind.

Digitized by Google

IV. Oertliche Zuständigkeit.

Die örtliche Zuständigkeit der Finanzprocuraturen ist in der provisorischen Dienstesinstruction gar nicht berührt.

Der bereits oben erwähnte, gegenwärtig durch Aufhebung der Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten unpraktisch gewordene Finanzministerialerlass vom 13. Jänner 1868, Z. 46.638, V. Bl. Nr. 4, S. 25, löste die Frage in den das Militärärar und militärische Fonde und Anstalten betreffenden Angelegenheiten dahin, dass er zur gerichtlichen Vertretung in Activ- und Passivprocessen vor den Landes-Militärgerichten die am Sitze dieser Gerichte befindlichen Finanzprocuraturen berief, hingegen die Besorgung aller übrigen, das Militärärar betreffenden Angelegenheiten, als die Erstattung von Gutachten, Intervenirung bei Vertragsabschlüssen u. s. f. bezüglich der die einzelnen Kronländer betreffenden Militärobjecte nach wie vor als Aufgabe der für diese Gebiete bestellten Finanzprocuraturen erklärte. Demnach war hier ein doppelter Competenzgrund statuirt, bezüglich der gerichtlichen Vertretungen in Streitsachen vor Landes-Militärgerichten und bezüglich „aller übrigen Angelegenheiten". Ersteres mochte im schriftlichen Verfahren, wo der Verkehr sowohl mit der Administrativbehörde als auch mit dem Gerichte schriftlich war, praktischer scheinen; thatsächlich aber brachte nur der Schlusssatz dieses Erlasses die allein praktische Regel und die regelmässige Uebung, wenn auch in äusserst unglücklicher Fassung, zum Ausdruck.

Der normale Fall ist thatsächlich der, dass die Finanzprocuratur den Vermögensverwaltungen und Behörden ihres Sprengels Rechtsbeistand leistet. Das entspricht der Natur der Sache, weil hier in der Regel die bezüglichen Acten, die mitwirkenden Beamten, die betheiligten Personen und auch die betreffenden „Objecte" sich befinden. Eine darnach formulirte Regel kann aber in jenen Angelegenheiten Schwierigkeiten bereiten, welche den Sprengel zweier oder mehrerer Finanzprocuraturen berühren, so wenn das Vermögen einer in einem Kronlande gelegenen Stiftung in mehreren Kronländern sich befindet, wenn ein Fondsschuldner ausserhalb des Kronlandes wohnt, in welchem der Sitz der Fondsverwaltung sich befindet, wenn eine mündliche Berufungsverhandlung vor einem Oberlandesgerichte stattzufinden hat, das ausserhalb des Sprengels der Finanzprocuratur liegt, die den Process in erster Instanz geführt hat u. Aehnl. Trotz dieser Schwierigkeiten wäre jedoch der Competenzgrund unter Bedachtnahme auf den normalen Fall zu bestimmen, weil in Ansehung der örtlichen Competenz Zweckmässigkeitserwägungen den Ausschlag geben und hier, wie überall, das Normale in erster Linie zu beachten ist. Nur wäre der Competenzgrund in einer Weise zu formuliren, dass Schwierigkeiten in einem concreten Falle in zweckmässiger und müheloser Art sich beseitigen lassen. Regel bliebe demnach, dass die Finanzprocuratur nur den Behörden und Verwaltungen ihres Kronlandes Rechtsbeistand zu leisten hat, zu welchen natürlich auch die

Digitized by Google

Centralbehörden gehören, deren Thätigkeit alle Kronländer umfasst; dabei hätten sich aber die Finanzprocuraturen unter einander gleich allen Staatsbehörden Assistenz zu leisten, was sich aus der Natur der Staatsbehörden ergibt, und wäre daher jede Finanzprocuratur verpflichtet, derlei Ansuchen einer anderen Finanzprocuratur zu entsprechen. Demzufolge würde auch in den oben erwähnten Schwierigkeitsfällen die Finanzprocuratur des Kronlandes, innerhalb dessen die bezügliche Vermögensverwaltung oder Behörde sich befindet, in erster Reihe zur Mitwirkung berufen sein. Erachtete diese jedoch, dass die Finanzprocuratur eines anderen Kronlandes aus sachlichen Gründen rascheren oder minder kostspieligen Rechtsbeistand leisten könne, ohne dass die Qualität des Rechtsbeistandes darunter leide, so stünde ihr frei, diese um den Vollzug der Amtshandlung oder — sofern die Gründe nur theilweise zutreffen — eines Theiles derselben anzusuchen. Die ersuchte Finanzprocuratur hätte dem Ansuchen zu entsprechen. Schiene ihr dieses ungerechtfertigt zu sein, so wäre ihr der Weg der Vorstellung und der Beschwerde vorbehalten, so dass auch in Ansehung der örtlichen Zuständigkeit, wie bei der sachlichen, in letzter Linie der allen Finanzprocuraturen vorgesetzten Behörde, dem Finanzministerium, die Entscheidung vorbehalten bliebe.

Diese einfache Regel über die örtliche Zuständigkeit der Finanzprocuraturen hat allerdings in erster Reihe nur den Fall im Auge, wo die Thätigkeit einer Finanzprocuratur durch eine staatliche Administrativbehörde angeregt wird. In entsprechender Formulirung würde sie sich aber auch da bewähren, wo dies nicht der Fall ist, namentlich wo eine Privatperson gegen den Staat oder einen öffentlichen Fond einschreitet und die Finanzprocuratur zu benennen hat, die im concreten Falle zur Vertretung des Staates oder Fondes berufen erscheint. Denn auch hier ist es praktisch am richtigsten, die Finanzprocuratur zur Vertretung zu berufen, welche sachlich und örtlich der Angelegenheit am nächsten steht, und auch hier trifft dies bei derjenigen Finanzprocuratur zu, in deren Sprengel die Administrativbehörde sich befindet, welche durch ihre Amtsthätigkeit oder durch die ihrer Organe oder welche durch ihr Verhalten oder durch das ihrer Organe das Einschreiten der Privatperson und dadurch mittelbar das der Finanzprocuratur veranlasst hat. Und hier ist nicht allein die Erwägung, dass in der Regel im Sprengel dieser Finanzprocuratur die einschlägigen Acten, Personen und Objecte sich befinden, sondern auch die Rücksicht auf die Rechtssicherheit massgebend, weil es darauf ankommt, den Privatpersonen, sowie überhaupt Allen, welche mit dem Staate und den öffentlichen Fonden im Verkehre sind, die Möglichkeit zu schaffen, ohne Schwierigkeit die im einzelnen Falle zur Vertretung berufene Finanzprocuratur mit Sicherheit zu finden.

In dieser Richtung ergibt sich die Nothwendigkeit einer einfachen, durchsichtigen Regel mit besonderer Klarheit aus der in jüngster Zeit ergangenen oberstgerichtlichen Entscheidung vom 6. Juli

Digitized by Google

1897, Z. 7923. Diese weist in Abänderung zweier gleichlautender untergerichtlicher Urtheile eine beim Handelsgerichte in Wien gegen das Eisenbahnärar zu Händen der niederösterr. Finanzprocuratur auf Grund eines mit der bestandenen Eisenbahnbetriebsdirection in Krakau geschlossenen Vertrages überreichte Klage wegen Incompetenz zurück. In der Begründung der Entscheidung wird angeführt, dass §. 23 der geltenden Jurisdictionsnorm vom 20. September 1852, R. G. Bl. Nr. 251, wonach der Fiscus als Geklagter in jenen Fällen, in welchen sich die gerichtliche Zuständigkeit nach dem Wohnsitze richtet, demjenigen Gerichte, in dessen Sprengel der Amtssitz der Finanzprocuratur sich befindet, untersteht, nur dahin interpretirt werden kann, dass im einzelnen Streitfalle, wenn der Wohnsitz für die Zuständigkeit massgebend ist, für Klagen gegen das Aerar dasjenige Gericht competent erscheint, in dessen Sprengel der Amtssitz jener Finanzprocuratur gelegen ist, welche nach den diesfalls bestehenden Vorschriften das Aerar in dieser Streitsache zu vertreten hat; dass schon nach §. 13 der Civiljurisdictionsnorm vom 18. Juni 1850, R. G. Bl. Nr. 237, in allen Fällen, in welchen die gerichtliche Zuständigkeit nach dem ordentlichen Wohnsitze sich zu richten hatte, der Fiscus jenen Gerichten unterstand, in deren Sprengel der Amtssitz des dem Ministerium unmittelbar untergeordneten verantwortlichen Vorstandes der zur Leitung des bezüglichen Verwaltungszweiges berufenen Behörde sich befand; dass der citirte §. 23 der gegenwärtig geltenden Civiljurisdictionsnorm offenbar dasselbe Princip zum Ausdruck bringen wollte und lediglich an Stelle des Amtssitzes der dem Ministerium untergeordneten Administrativbehörde jenen der betreffenden Finanzprocuratur als massgebend bezeichnet; dass im Verfolge desselben Princips auch §. 74 der noch nicht in Geltung getretenen Jurisdictionsnorm vom 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 110, den allgemeinen Gerichtsstand des Aerars nach dem Sitze des öffentlichen Organs bestimmt, welches nach den hierüber bestehenden Vorschriften das Aerar in der Streitsache zu vertreten berufen ist; dass im vorliegenden Falle die Eisenbahnbetriebsdirection in Krakau gemäss §. 28, Punkt 22 der Handelsministerialverordnung vom 23. Juni 1884, R. G. Bl. Nr. 103 zum selbständigen Abschlusse des der Klage zugrunde liegenden Vertrages befugt war; dass demnach in diesem Falle die Finanzprocuratur in Wien zur Vertretung des Aerars hinsichtlich der von einer Administrativbehörde desselben in ihrem selbständigen Wirkungskreise, jedoch nicht im Sprengel der genannten Finanzprocuratur eingegangenen und ebensowenig in diesem Sprengel zu erfüllenden vertragmässigen Verbindlichkeit nicht berufen sei, woraus gemäss dem citirten §. 23 C. J. N. folgt, dass das Handelsgericht in Wien zur Entscheidung der vorliegenden Rechtssache nicht competent erscheint.

Diese Entscheidung statuirt demnach einerseits, dass der allgemeine Gerichtsstand des Aerars nach dem Amtssitze der im einzelnen Falle zuständigen Finanzprocuratur und andererseits dass die

Digitized by Google

Zuständigkeit der letzteren nach dem Amtssitze der dem Ministerium unmittelbar untergeordneten Administrativbehörde sich richtet, zu deren Wirkungskreis die strittige Angelegenheit gehört. Danach ist wohl das Aerar vor der Unzukömmlichkeit geschützt, vor einem Gerichte geklagt und durch eine Finanzprocuratur vertreten zu werden, die sachlich und örtlich der strittigen Angelegenheit ferne stehen, aber der Kläger ist allemal gezwungen, die Organisation und den Wirkungskreis der Verwaltungsbehörden zu kennen und danach die örtliche Zuständigkeit der Finanzprocuratur und dadurch auch die des Gerichtes zu bestimmen.

In eine Erörterung dieser oberstgerichtlichen Entscheidung und ihrer Gründe soll hier nicht eingegangen werden; jedenfalls aber ist es bei den bekanntermassen zuweilen sehr complicirten und dunklen Vorschriften über die Organisation und den Geschäftskreis der Verwaltungsbehörden klar, wie sehr dadurch für die Rechtsuchenden die Sicherheit gefährdet wird. Die durch die obligatorische gerichtliche Vertretung der Finanzprocuratur geschaffene Rechtssicherheit, durch welche — wie oben dargelegt wurde — unser Rechtszustand sich so heilsam von dem des Auslandes unterscheidet, wird vollständig durch den in der angeführten Entscheidung ausgesprochenen Grundsatz beseitigt, der in Oesterreich ebenso wie in Deutschland die Frage nach der Organisation und dem Geschäftskreise der Administrativbehörden zur Vorfrage jedes gerichtlichen Einschreitens gegen das Aerar macht.

Soll die Rechtssicherheit gewahrt und dabei die erwähnte Unzukömmlichkeit vermieden werden, so kann dies nur durch eine Bestimmung über die örtliche Zuständigkeit der Finanzprocuraturen geschehen, welche ihre Kriterien nicht aus den Vorschriften über die Organisation und den Geschäftskreis der Verwaltungbehörden, sondern aus den oben angeführten, rein äusserlichen Momenten holt. Gibt z. B. ein mit einer staatlichen Behörde geschlossener Vertrag, eine politische Execution, ein Unfall in einem staatlichen Betriebe, ein schuldhaftes Verhalten eines staatlichen Organs Anlass zu einem Einschreiten gegen den Staat oder einen öffentlichen Fond, so kann der Einschreitende im einzelnen Falle wohl darüber im Zweifel sein, wem die Behörde oder das Organ untergeordnet ist und in wessen Wirkungskreis die Angelegenheit fällt, kaum aber über die Behörde, welche den Vertrag geschlossen, oder über das Organ, welches die Executionsmassregel vorgenommen, den Unfall veranlasst oder schuldhaft sich verhalten hat.

Die oben formulirte Regel für die örtliche Zuständigkeit, dass nämlich jede Finanzprocuratur zunächst — mit Vorbehalt der Requisition einer anderen Finanzprocuratur und mit Vorbehalt der Entscheidung des Finanzministeriums im Falle einer solchen Requisition — dazu berufen ist, den staatlichen Administrativbehörden ihres Sprengels Rechtsbeistand zu leisten, diese Regel hätte demnach in Anwendung auf Fälle, wo die Thätigkeit der Finanzprocuratur nicht

Digitized by Google

durch ein Ansuchen einer Administrativbehörde angeregt wird, dahin zu lauten, dass zur Vertretung des Staates oder der von der Finanzprocuratur vertretenen Fonde örtlich zunächst — auch hier vorbehaltlich Requisition und höherer Entscheidung — diejenige Finanzprocuratur berufen ist, in deren Sprengel die Administrativbehörde oder das Organ sich befinden, durch deren Amtswirksamkeit oder Verhalten die Thätigkeit der Finanzprocuratur im concreten Falle mittelbar veranlasst wird.

Erst durch eine solche allseitige Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Finanzprocuraturen würde die in dieser Richtung durch die obligatorische Vertretung geschaffene Rechtssicherheit eine vollständige, durch Interpretation nicht leicht zu erschütternde sein.

V. Organisations- und Personalfragen.

Bei der Regelung des Wirkungskreises wäre es für die Staatsverwaltung eine nicht zu umgehende Nothwendigkeit, auch den Organisations- und Personalverhältnissen der Finanzprocuraturen nähere Aufmerksamkeit zuzuwenden, damit dieselben endlich eine Stellung erlangen, die ihrem Wirkungskreise entspricht und diesen auch klagloser ausfüllen können als es bisher der Fall war. Die gegenwärtige Stellung der Finanzprocuraturen ist zu eigenthümlich, als dass sie entsprechend sein könnte. Deren Wirkungskreis umfasst mindestens ein Kronland, sie sind also Landesbehörden, und dennoch erstatten sie an alle Landes- und Centralbehörden „Berichte“ und empfangen von diesen „Erlässe“, ein charakteristisches Zeichen ihrer Unterordnung unter alle Landes- und Centralbehörden; überdies sind sie in Personal- und Disciplinarangelegenheiten den Präsidien der Finanzlandesdirectionen untergeordnet. Diese eigenartige gesetzliche Stellung hat schliesslich dazu geführt, dass die Finanzprocuratur thatsächlich als ein den Finanzlandesdirectionen untergeordnetes Amt gilt gleich den Steuer- und Zollämtern, den Steuerlocalcommissionen und den Steueradministrationen, von diesen höchstens noch durch die weitere Unterordnung unter alle anderen Landesbehörden unterschieden. — Aus den Personalverhältnissen der Finanzprocuratur ist der geradezu sprichwörtlich gewordene schleppende Geschäftsgang derselben hervorgegangen: Processe, an denen die Finanzprocuratur theilnimmt, gelten in der Bevölkerung als langwierige Processe, bei welchen Fristen erstreckt und Tagsatzungen verlegt werden; und Gutachten der Finanzprocuratur werden von den Behörden gewohnheitsmässig erst nach wiederholten Betreibungen gewärtigt. Das war bei den bisherigen Personalverhältnissen kaum anders möglich. Keine der Finanzprocuraturen hatte eine der Arbeitslast vollständig entsprechende, einige derselben eine ganz unzulängliche Besetzung. Dazu kam wegen der Unregelmässigkeit und Unsicherheit der Avancementsverhältnisse eine grosse Neigung der Beamten zur Flucht aus dem Amte, um ander-

Digitized by Google

wärts besseres Fortkommen zu finden, was den Geschäftsgang, welcher stabile und lange geschulte Arbeitskräfte erheischt, beeinträchtigen musste. In letzterer Beziehung hat die Staatsverwaltung jüngstens in liberaler und zielbewusster Weise Abhilfe zu schaffen versucht. Der Beamtenkörper wurde vergrössert und ausgestaltet in der erklärten Absicht, dessen Stabilität zu bewirken. Diese Massregel wurde von den Finanzprocuraturen mit Recht als Anerkennung ihrer Thätigkeit empfunden und begrüsst, eine Anerkennung, deren sie lange genug entrathen mussten; und sie würde unter den bisherigen Verhältnissen vielleicht für längere Zeit als ausreichend sich erwiesen haben. Allein das unmittelbar bevorstehende Inslebentreten der neuen Civilprocessgesetze, welches eine ungewöhnliche Vermehrung der Amtsstellen bei den Gerichten bewirkt hat, muss auch bei den Finanzprocuraturen die gleiche Wirkung haben. Und wenn das neue Verfahren sich so gestaltet, wie es gedacht ist, wird es sich hier wie dort bald zeigen, dass blosse Vermehrung der Amtsstellen nur eine halbe Massregel ist. Soll die Finanzprocuratur der Aufgabe gewachsen sein, die ihr das neue Verfahren stellt, soll der Staat in ihr einen Anwalt finden, der die Tendenzen des neuen Processes zu fördern und — wie einst der *avocat du roi* — gewissermassen von rechtswegen der Stabträger der Anwälte zu werden vermag, so muss nebst einer Aenderung in der gegenwärtigen Organisation eine Ausgestaltung und nicht eine blosse Vermehrung des Beamtenkörpers bei den Finanzprocuraturen eintreten, welche weit über die soeben erwähnte Massregel jüngster Zeit hinausgehen und die bei den Gerichten getroffene Massregel an Sorgfalt und Liberalität zu überragen hätte. Es läge nahe und wäre auch nicht schwer, in beiden Richtungen, sowohl bezüglich der Organisation als auch bezüglich der Ausgestaltung des Beamtenkörpers Vorschläge zu machen. Allein hier sind nicht blos sachliche, aus innerer Nothwendigkeit fliessende, sondern auch Zweckmässigkeitserwägungen massgebend und überdies wird auch die Ausgestaltung des Beamtenkörpers bei den Finanzprocuraturen nicht auf einmal und sprunghaft, sondern allmälig und unter aufmerksamer Beobachtung und Beachtung der Neugestaltung des Dienstes zu erfolgen haben. Derartige Vorschläge werden daher hier besser übergangen und soll nur noch die eine bereits hervorgehobene, die dringendste Ursache für eine Aenderung in der Organisation und in den Personalverhältnissen bei den Finanzprocuraturen eingehendere Beleuchtung finden, nämlich die gerichtliche Vertretung, wie sie sich unter der Herrschaft der neuen Civilprocessgesetze gestalten soll.

VI. Gerichtliche Vertretung.

In der geltenden provisorischen Dienstesinstruction ist die gerichtliche Vertretung nicht besonders bedacht. Allerdings trägt §. 13 der Dienstesinstruction die Marginalrubrik: „Besondere Bestimmungen in Ansehung der gerichtlichen Vertretungen.“ Allein

Digitized by Google

dieser Paragraph enthält zumeist Bestimmungen über die Processbefugnisse der Finanzprocuraturen, nämlich über das Erforderniss besonderer Ermächtigung zur Streiteinlassung, zum Abschlusse von Vergleichen, zur ausserordentlichen Revision, zur Auflassung von Sicherstellungsmitteln u. Aehnl. Ueber die Vertretung als solche enthält dieser Paragraph nur die Bestimmung, dass ausserhalb des Sitzes der Finanzprocuratur deren Beamten „zur Schlichtung des Geschäftes" auszusenden sind, zur Vermeidung von Kosten jedoch, wo dies ohne Besorgniss geschehen kann, ein landesfürstliches Amt, ein landesfürstlicher Beamter, ein Advocat oder ein öffentlicher Agent für das Geschäft zu delegiren ist. Nimmt man noch dazu den §. 10 der Dienstesinstruction, welcher unter der Marginalrubrik: „Verhältniss der Finanzprocuratur zu anderen Behörden und Aemtern und Correspondenz mit denselben" im vorletzten Absatze die kurze Weisung enthält: „Im gerichtlichen Verfahren hat dieselbe (nämlich die Finanzprocuratur) die für dieses Verfahren vorgeschriebenen Formen zu beobachten", so hat man Alles, was die Dienstesinstruction über die gerichtliche Vertretung als solche bestimmt. Eingehendere Bestimmungen waren thatsächlich auch nicht nothwendig, weil sich alles Andere theils aus dem geltenden gerichtlichen Verfahren, theils aus der inneren Dienstesverfassung der Finanzprocuraturen ergibt: Das gerichtliche Verfahren ist durchweg schriftlich, sowohl das „ordentliche schriftliche" Verfahren, in welchem Satzschriften bei Gericht überreicht, als auch das mündliche und summarische Verfahren, in welchem Protokolle bei Gericht eingelegt werden. Satzschriften und Protokolle werden in den Amtsräumen der Finanzprocuratur verfasst, erstere an das Einreichungsprotokoll des Gerichtes gesendet, letztere bei Gericht eingelegt, und zwar am Sitze der Finanzprocuratur durch einen Beamten derselben, ausserhalb des Sitzes durch ein dazu mit Vollmacht delegirtes Steuer-, Pfarr- oder sonstiges Amt, dessen Beamter namens der Finanzprocuratur das Protokoll zu unterfertigen, wenn der Gegner die Verhandlung fortsetzt, um Erstreckung der Tagfahrt zu bitten hat, damit das weitere Protokoll wieder in den Amtsräumen der Finanzprocuratur fertiggestellt werden könne, und jedenfalls über das Resultat der Tagfahrt Mittheilung zu machen hat. Mit anderen Worten: jeder Process ist zugleich ein Fall „der Correspondenz der Finanzprocuratur mit einer anderen Behörde oder einem anderen Amte", wie die citirte Marginalrubrik des §. 10 der Dienstesinstruction besagt, nämlich eine Correspondenz entweder mit dem Gerichte oder mit einem Steuer-, Pfarr- oder sonstigen Amte.

Die Art der Correspondenz ist aber ausserdem näher bestimmt durch die Dienstesverfassung des Amtes. Diese ist eine bureaukratische. Darnach ist der Finanzprocurator der einzige und allein verantwortliche Repräsentant des Amtes. Er allein unterfertigt mit Rechtsgiltigkeit die Erledigungen, bestimmt deren Inhalt und ist für denselben verantwortlich. Alle anderen Beamten der Finanzprocuratur sind dessen Hilfsarbeiter, die seine Erledigungen vorbereiten, seine Weisungen

Digitized by Google

empfangen und an dieselben gebunden sind. Also auch im Processe: Der Finanzprocurator klagt, erhebt Einwendungen, erstattet Einreden, replicirt, duplicirt, appellirt und revidirt, die Referenten haben aus seiner Hand die Information zu empfangen und die Referate nach seiner Weisung zu entwerfen, beziehungsweise umzuarbeiten; die Individualität der Referenten tritt vollständig zurück. Die Schriftlichkeit des gerichtlichen Verfahrens liess die bureaukratische Verfassung, für welche die Schriftlichkeit der Amtsthätigkeit eine wesentliche Voraussetzung ist, unberührt. Und durch diese Verfassung ist eine der üblen Folgen des schriftlichen Verfahrens zu besonderer Entfaltung gelangt, nämlich die Langsamkeit, wenn auch dieselbe zum grossen Theile — wie bereits bemerkt — auch auf einem Mangel an Arbeitskräften beruhte. Denn die Information zu einem Processe lässt sich beim vollständigen Zurücktreten jedes persönlichen Elements ausser dem Finanzprocurator nur im Wege des schriftlichen Verkehrs herbeischaffen. Hat die Finanzprocuratur zu klagen, so geht der Klage in jedem wichtigeren Falle eine lange schriftliche Consultation voran. Diese setzt nicht nothwendig die Kenntniss des gesammten Processmaterials voraus, und die Einrede des Gegners führt gewöhnlich eine neue Correspondenz zur Einholung der Information herbei. Aehnlich, wo die Finanzprocuratur Klage und Replik zu beantworten hat. Diese Correspondenz ist gewöhnlich eine ausgedehnte und mühselige. Dann kommt das Actenstudium, zuerst des Referenten für den Entwurf der Satzschrift oder des Protokolls, dann des Finanzprocurators für die Revision des Entwurfes. Ergibt das Actenstudium Zweifel und Bedenken, muss die Correspondenz von Neuem anfangen, und so pflegt beinahe jeder wichtigen Processschrift eine mühsame, immer von Neuem einsetzende Correspondenz und ein ebensolches Actenstudium vorauszugehen, bis zu deren definitiven Beendigung Fristen und Tagsatzungen erstreckt werden müssen. So kam es und musste es kommen, dass Processe, an denen die Finanzprocuratur sich betheiligte, oft Jahre lang nicht von der Stelle sich rührten. Diese Mühsal ist jedenfalls zum grossen Theil eine vergeudete, weil sie, wohl durch das gerichtliche Verfahren begünstigt, nicht so sehr durch dieses als vielmehr durch die Dienstesverfassung verursacht wird.

Vielschreiberei, Langsamkeit und Mangel persönlicher Initiative, in dieser Rüstung darf die Finanzprocuratur in das neue Verfahren nicht eintreten — mit Schild und Speer in einen Kampfplatz, wo ein flinker Widersacher aus weittragender Waffe zielt. Das neue Verfahren ist mündlich und unmittelbar. Allerdings in III. Instanz ist es weder das eine, noch das andere, weil die im §. 509 C. P. O. ausnahmsweise vorgesehene mündliche Revisionsverhandlung nur äusserst selten eintreten wird. In II. Instanz können die Parteien nach §. 492 C. P. O. auf die mündliche Berufungsverhandlung verzichten, sozusagen Satzschriften statt der Schriftsätze überreichen, und das Verfahren wird auch hier schriftlich und mittelbar. In erster Instanz kann gemäss §. 245 C. P. O. in das Verfahren vor Gerichtshöfen ein vor-

Digitized by Google

bereitendes Verfahren eingeschaltet werden. Dieses kann sich gemäss §. 254 C. P. O. in so viele Tagsatzungen auflösen, als Parteienhandlungen erforderlich sind, und dadurch bedenkliche Aehnlichkeit mit dem heutigen Summarverfahren gewinnen. Dass solcher Art der beauftragte Richter zwischen die Parteien und den erkennenden Richter treten kann, ist eine umso mehr zu beklagende Bedrohung der Unmittelbarkeit in erster Instanz, als die Befürchtung einer übergrossen Häufung des vorbereitenden Verfahrens leider nicht unbegründet ist. Aber mündlich ist das Verfahren in I. Instanz immer und überall ungeachtet der vorbereitenden Schriftsätze, welche die Mündlichkeit fördern und regeln, nicht beeinträchtigen dürften. Als solches entbehrt das Verfahren der Eventualmaxime und kann die Concentration des Processmaterials nur durch Beschleunigung des Processganges bewirken. Deshalb tritt die neue Civilprocessordnung jeder Lässigkeit und jedem Umtriebe der Parteien scharf entgegen, wo immer sie dieselben nur erreichen kann: sie hindert muthwillige und schuldhafte Frist- und Tagsatzungserstreckungen, geflissentliches Verschweigen und saumseliges Vorbringen und zwingt die Parteien, jeden absehbaren Angriff mit jedem absehbaren Vertheidigungsmittel auf der Stelle abzuwehren. Hier tritt der Anwalt als ein nicht blos den Parteien, sondern der Rechtssprechung nothwendiger Gehilfe ein. Dass die Parteien das Kampfgebiet genau erkennen und sorgfältig abgrenzen, ist nicht allein in ihrem, sondern im Interesse rascher und sicherer Rechtspflege überhaupt. Deshalb nimmt das neue Verfahren die Mitwirkung des Anwaltes in so erheblichem Masse in Anspruch. Als Anwalt erscheint hier in der Regel der Advocat, und die neue Civilprocessordnung gebietet den Parteien, sich im Anwaltsprocesse immer, in anderen Fällen aber in der Regel da eines Advocaten zu bedienen, wo sie nicht selbst thätig werden. Und ganz aus demselben Grunde zwingt die neue Civilprocessordnung die Parteien, dem Advocaten alle Mittel an die Hand zu geben, deren er bedarf, um den an ihn gestellten Ansprüchen gerecht zu werden, indem sie die Processvollmacht vom Gebiete des Privatrechtes hinweg auf dasjenige des öffentlichen Rechtes hinüberleitet, dieselbe dergestalt der Willkür der Parteien entrückt und ihr einen Umfang gibt, der die Tendenzen des neuen Verfahrens sicherstellen kann. Der Anwalt, der Advocat, wird demnach im neuen Verfahren in doppelter Richtung das Vertrauen zu rechtfertigen haben, das in hervorragender Weise ihm entgegengebracht wird und entgegengebracht werden muss, das Vertrauen des Gesetzes, das in ihm eine der eigenen Grundlagen sieht, und das Vertrauen der Partei, die ihm gewissermassen ausgeliefert ist. Dazu bedarf der Anwalt der Lebenserfahrung, der Gesetzeskunde, des geschulten Denkens, der Geschäftskenntniss, rascher Auffassungsfähigkeit und der Begabung, seiner Erkenntniss angemessenen Ausdruck zu verleihen, all der Eigenschaften, die keine für sich, wohl aber alle in ihrem Zusammenwirken den gewandten Anwalt kennzeichnen, weil nur diese ihn in den Stand setzen, das Rechtsverhältniss seinem

Digitized by Google

ganzen Umfange und Inhalte nach zu erkennen, jeden Angriff auf dasselbe juristisch zu erfassen, für die Behauptung seiner eigenen Stellung, für Abwehr und Angriff in jeder absehbaren Richtung sich vorzubereiten, kampfgerüstet und kampfgeübt dem Gegner in raschem Streite entgegenzutreten.

Was von dem Anwalte im Allgemeinen, gilt auch von der Finanzprocuratur, dem Anwalte des Staatsvermögens und der demselben gleichgehaltenen Fonde. Nach Art. XXXII des Einführungsgesetzes zur Civilprocessordnung sind die Bestimmungen der Civilprocessordnung über Advocaten und deren Stellvertreter sinngemäss auch auf die Finanzprocuraturen anzuwenden. Nun können sich nach §. 31 C. P. O. Advocaten im Anwaltsprocesse nur durch Advocaten (oder durch bei ihnen bedienstete substitutionsberechtigte Advocaturscandidaten) substituiren lassen, ausser dem Anwaltsprocesse auch durch andere Stellvertreter dann, wenn nicht die Vertretung durch Advocaten geboten ist. Dies ist aber nicht allein im Anwaltsprocesse (unbedingt), sondern nach §. 29 C. P. O. in Processen über 500 fl. an Orten, wo wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, dann geboten, wenn die Parteien nicht selbst handelnd auftreten (relativer Anwaltszwang). Im Anwaltsprocesse sowohl, als auch in den Processen mit relativem Anwaltszwange wird demnach die Finanzprocuratur kraft gesetzlicher Nothwendigkeit entweder selbst oder durch einen Advocaten vor Gericht erscheinen müssen.[1]) Was aber hier das Gesetz erzwingt, wird in Processen ohne Anwaltszwang die praktische Nothwendigkeit erzwingen. Denn mehr als das Verfahren vor Gerichtshöfen ist das Verfahren vor Bezirksgerichten mündlich und unmittelbar, weil hier die Schriftlichkeit eingeengt, ein vorbereitendes Verfahren ausgeschlossen ist (§. 440 C. P. O.). Hier ist rasches, entschlossenes und sachkundiges Handeln im erhöhten Masse geboten, die Stellung des Vertreters womöglich eine verantwortungsvollere. Von einer Vertretung der Finanzprocuratur durch ein landesfürstliches Amt oder einen landesfürstlichen Beamten kann hier nicht im Entferntesten die Rede sein, weil die Gestaltung eines mündlichen,

[1]) Diese Argumentation lässt sich allerdings anfechten: Der 2. Absatz des §. 31 der neuen Civilprocessordnung sieht die Fälle der Substitution eines Advocaten bei Verhandlungen, „für welche die Beiziehung eines Advocaten gesetzlich vorgeschrieben ist", sowie für Processhandlungen vor, „zu deren Vornahme die Vertretung durch Advocaten nicht geboten ist". Letztere Redewendung gebraucht das Gesetz regelmässig da, wo der Anwaltsprocess in Frage steht. Man könnte daher sagen, dass der 2. Absatz des §. 31 C. P. O. nur die Substitution des Advocaten im Anwaltsprocesse, nicht aber in Processen mit relativem Anwaltszwange betrifft. Nichtsdestoweniger dürfte es angesichts der kategorischen Weisung des §. 29, Abs. 1 C. P. O. richtig bleiben, dass in Processen über 500 fl. an Orten, an welchen wenigstens zwei Advocaten ihren Sitz haben, kein Pfarrer, landesfürstlicher Beamter u. s. w. als Bevollmächtigter anstatt der Finanzprocuratur zugelassen werden könnte, diese daher entweder durch einen ihrer Beamten oder einen Advocaten vor Gericht wird erscheinen und verhandeln müssen.

Digitized by Google

zur sofortigen Entscheidung drängenden Processes nicht vorauszusehen ist und keine schriftliche Belehrung einen Unberufenen zu einem Sachkundigen zu machen vermag. Ja, mit Rücksicht auf die oben dargelegte Natur der Rechtssprechung in Fiscalangelegenheiten wird wenigstens für diese festzuhalten sein, dass die Finanzprocuratur auch der Advocaten nur in Ausnahmsfällen als Vertreter sich zu bedienen hat.

So wird denn die Finanzprocuratur beinahe immer selbst vor Gericht als Anwalt erscheinen und alle oben erwähnten Fähigkeiten, ja diese noch in besonderer Entwicklung in sich vereinen müssen, um den von ihr vertretenen Parteien und der Rechtssprechung im Allgemeinen jene Gewähr zu bieten, die der neue Civilprocess von dem Anwalte fordert. An dieser Nothwendigkeit findet die bureaukratische Verfassung der Finanzprocuratur ihre unüberwindliche Schranke. Der Finanzprocurator als einziges Element persönlicher Initiative, als einziger Vermittler des Verkehrs mit Behörden und Aemtern, folglich als einzige Quelle aller Information, als einziger Träger aller Processbefugnisse, folglich aller Verantwortung für die Processgestaltung ist eine Unmöglichkeit in einem Verfahren, welches die Finanzprocuratur zu rasch entschlossener Initiative, zu Angriff und Abwehr in freier Rede und Widerrede an verschiedenen Orten zu gleicher Zeit beruft. Die bureaukratische Verfassung der Finanzprocuratur mit dem allvermögenden Finanzprocurator und seinen wort- und willenlos dienenden Gehilfen muss im Angesichte des neuen Verfahrens in Bezug auf die gerichtliche Vertretung einer neuen Einrichtung weichen. In welcher Richtung sich die Umgestaltung zu bewegen hat, dürfte ein rascher Blick auf den diesbezüglichen Zustand in Ländern des mündlichen Verfahrens erkennen lassen.

In Deutschland ist die processuale Vertretung des Fiscus nicht besonders geregelt. Diese ist ein Theil der Vertretung des Fiscus im Allgemeinen und gehört demnach in einem concreten Falle regelmässig zum Wirkungskreise derjenigen Verwaltungsbehörde, in deren Competenzkreis die auf den Rechtsweg gelangte Angelegenheit gehört. Im Einzelnen sind die Landesgesetze massgebend, welche die processuale Vertretung ebensowenig besonders regeln, wie dies reichsgesetzlich in Ansehung des Reichsfiscus der Fall ist. Es gibt daher keinen besonderen Processanwalt des Staates, weder des Reiches, noch der Einzelstaaten. Selbst da, wo die auf Grund des §. 2 des preussischen Gesetzes vom 14. März 1885 (Ges.-Samml. 1885, S. 65) betreffend die Vertretung des Fiscus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Justizverwaltung erlassene allgemeine Verfügung vom 23. März 1885 (Justizministerialblatt 1885, S. 119) die Oberstaatsanwaltschaft zur Vertretung des preussischen Justizfiscus beruft, ist diese nur als Justizverwaltungsbehörde gemeint und überdies noch angewiesen, mit der näher betheiligten Verwaltungsbehörde das Ein-

Digitized by Google

vernehmen zu pflegen (vgl. die oben citirten Schriften von Pfizer und Fritze, vgl. namentlich auch die Dienstesvorschriften des preussischen Finanzministeriums vom 14. Februar 1896, Centralbl. S. 93 ff., betreffend die Ausführung des Stempelsteuergesetzes, Abs. 19 ad §. 26 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 [Ges.-Samml. S. 413] und die allgemeine Verfügung des preussischen Finanz- und Justizministers vom 29. Februar 1896, betreffend das gerichtliche Stempelwesen, J. M. Bl. S. 63 ff., 7 ad §. 26 desselben Gesetzes). — In Ansehung des Processbevollmächtigung steht der Fiscus den Processparteien überhaupt gleich und ist daher vom Anwaltszwange nicht befreit. Der Processbevollmächtigte wird von der zur Vertretung des Fiscus berufenen Verwaltungsbehörde im concreten Falle mit der Processführung durch Processvollmacht betraut, deren Umfang nach §. 77 ff. R. C. P. O. zu bestimmen ist. Für Preussen ist durch Rescript vom 17. August 1881 die Beschränkung der fiscalischen Vollmachten gemäss §. 79 R. C. P. O. angeordnet, daher dem Processbevollmächtigten die Befugniss zum Vergleichsabschlusse, zur Verzichtleistung auf den Streitgegenstand und zur Anerkennung des gegnerischen Anspruchs entzogen (vgl. Wilmowski und Lewy, Civilprocessordnung etc. ad §. 74 ff. R. C. P. O.).

In Frankreich ist gemäss Art. 69 *code de procédure civile* in Ansehung der processualen Vertretung des Staates zwischen den Angelegenheiten, welche den *trésor public* und denjenigen, welche *domaines et droits domaniaux* betreffen, zu unterscheiden. Diese umfassen das öffentliche, in den Artikeln 538—541 *code civil* erwähnte Gut und das körperliche bewegliche und unbewegliche, sowie das unkörperliche Staatsvermögen, alles andere Einkommen des Staates, namentlich *le denier public*, bildet den *trésor public*. Zur processualen Vertretung des letzteren ist der *agent judiciaire du trésor* berufen. Dieser ist der Leiter der im Finanzministerium bestehenden Abtheilung für strittige Angelegenheiten *(chef de la direction en contentieux)*. Ihm zur Seite steht ein juristischer Beirath, und überdies bestellt der Finanzminister im Hauptorte eines jeden *département* einen *avoué* als Gehilfen des *agent* zur gerichtlichen Vertretung des *trésor*. Für *domaines* und *droits domaniaux* ist in der Regel der *préfet du département* zur Vertretung berufen. Jedem Processe muss ein aussergerichtlicher Vergleichsversuch vorausgehen. Zu einem Vergleichsabschlusse bedarf der *préfet* der Ermächtigung des Finanzministers. Der *préfet* ist vom Anwaltszwange befreit; er kann dem *ministère public* schriftlichen Bericht über die Streitsache unterbreiten und diesem die Vertretung derselben vor Gericht überlassen. In Wirklichkeit aber pflegt der *préfet* gleich jeder anderen Processpartei vor Gericht zu verhandeln, den Process durch einen *avoué* instruiren, durch einen *avocat* plaidiren zu lassen. In Allem aber, bei der Streiteinlassung, bei der Processführung und bei der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites hat der *préfet*, in letzterer Beziehung auch der

Digitized by Google

Finanzminister mit der Domainenverwaltung das Einvernehmen zu pflegen, welch letztere überdies in manchen Fällen unmittelbar zur gerichtlichen Vertretung berufen ist (vgl. Block, *Dictionnaire de l'administration française: verba: Agent judiciaire, Domaine* und *Trésor public*).

In Rumänien wurde mit dem Gesetze vom 17. April 1861 im Ministerium für Cultus und Unterricht ein Advocatenrath bestellt, welcher zufolge Decretes vom 10. August 1864 zugleich mit der Domänenverwaltung auf das Finanzministerium überging und gegenwärtig zufolge Gesetzes vom 30. März 1883 dem Ministerium für Ackerbau, Industrie, Handel und Domänen, genauer nach Art. 6 der Ausführungsverordnung zum letzterwähnten Gesetze dem Generalsecretariate dieses Ministeriums untersteht. Nach dem ersterwähnten Gesetze vom 17. April 1861 und dessen Ausführungsverordnung vom 23. November 1861 hat der Advocatenrath sämmtliche strittigen Fiscalangelegenheiten zu begutachten, Instructionen für die anhängigen Processe zu entwerfen, die mit der Processführung betrauten Advocaten zu überwachen und über seine diesbezüglichen Wahrnehmungen zu berichten. Die Entscheidung über die Einleitung und Uebernahme eines Processes und der unmittelbare Verkehr mit den processführenden Advocaten ist dem Minister, beziehungsweise dessen Stellvertreter, dem Generalsecretär vorbehalten. Zur Vertretung vor Gericht bestellt der Minister nach Bedarf einen Advocaten für einen oder mehrere oder auch mehrere Advocaten für einen Gerichtshofsprengel, kann jedoch für Processe von hervorragender Wichtigkeit ein Mitglied des Advocatenrathes mit der Processführung betrauen.

Gemeinschaftlich diesen ausländischen Einrichtungen ist einerseits, dass die Verwaltungsbehörde über die Streiteinlassung und über die gütliche Beilegung des Rechtsstreites entscheidet, und andererseits, dass sie sich in der Regel vor Gericht durch einen privaten Anwalt vertreten lässt.

Ersteres entspricht der Natur der Sache, denn in der Frage der Streiteinlassung und der gütlichen Beilegung des Processes sind gewöhnlich juristische Erwägungen nur mitbestimmend, nicht ausschlaggebend. Namentlich bei einer grossen Vermögensverwaltung stehen die einzelnen Geschäfte mit einander in einem engen Zusammenhange und lassen eine isolirte Betrachtung, wie sie der Jurist ihnen zuwendet, nicht zu. In diesem Zusammenhange kann es erspriesslich sein, einen begründet scheinenden Anspruch ganz oder theilweise aufzugeben, oder einen minder gut fundirten Anspruch bis zu seiner letzten Consequenz zu verfolgen. Deshalb bedient sich die Verwaltungsbehörde allerdings des juristischen Rathes, aber sie fasst ihre Entschliessung selbständig und unabhängig von demselben. Dieses natürliche Verhältniss kommt auch in der provisorischen Dienstesinstruction zur Geltung, wie es in den beiden Instructionen für die Kammerprocuraturen zur Geltung kam. Nach dem bereits erwähnten

Digitized by Google

§. 13 der provisorischen Dienstesinstruction darf die Finanzprocuratur ohne vorausgehende Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung weder in einen Streit sich einlassen, noch einen Vergleich abschliessen. Ebenso bedurfte die Kammerprocuratur nach §. 33 des Patentes von 1783 und nach §. 83, lit. *a* der Fiscalinstruction von 1801 eines *mandatum ad agendum vel litem contestandam.* Allein bei der oben gekennzeichneten Natur dieser gerichtlichen Vertretung ergibt sich der Unterschied, dass die Finanzprocuratur anders als die ausländischen Processbevollmächtigten des Fiscus in Ansehung der Streiteinlassung zur Vorweisung ihrer Ermächtigung oder der nachträglichen Genehmigung vor Gericht nicht verhalten werden kann. Das von ihr vertretene Rechtssubject ist durch ihr Einschreiten rechtswirksam am Streite betheiligt, und die Frage nach der Ermächtigung zur Streiteinlassung tritt nicht nach aussen, sondern nur im Verhältnisse der Finanzprocuratur zur Verwaltungsbehörde hervor. Wohl aber ist dies beim Vergleichsabschlusse der Fall. Denn die Finanzprocuratur ist nur für den Process und nur in Ansehung der eigentlichen Processführung Vertreterin der juristischen Person. Soweit die Processführung als solche aufhört, erleidet ihre Vertretungsbefugniss eine auch nach aussen wirksam werdende Beschränkung; und trotzdem die Finanzprocuratur nicht blosse Processbevollmächtigte ist, muss sie die Ermächtigung zum Vergleichsabschlusse oder die nachträgliche Genehmigung des Vergleiches darthun, gleich einem Vormund oder Curator, der eine Verfügung über das Stammvermögen des Pflegebefohlenen trifft. In keiner Richtung wird an diesem gegenwärtigen Zustande durch die neue Civilprocessordnung geändert. Die gerichtliche Vertretung der Finanzprocuratur bleibt nach wie vor eine obligatorische und wird nach wie vor nicht aus dem Gesichtspunkte der Processvollmacht zu betrachten sein. Das ist im Art. IV, Z. 1 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. enthalten, und deshalb ist es unrichtig, wenn gelehrt wird (vgl. Neumann, Commentar ad Art. XXXII), die Bestimmungen der neuen C. P. O. über die Processvollmacht seien auf die Finanzprocuraturen anwendbar. Auch im neuen Verfahren wird die Finanzprocuratur die Ermächtigung zur Streiteinlassung nicht nachzuweisen haben. Trotzdem wird es selbstverständlich zulässig sein, die Vertretungsbefugnisse der Finanzprocuratur in ähnlicher Weise einzuschränken, wie es nach §. 32 der C. P. O. in Ansehung der Processvollmacht möglich ist, nämlich die Finanzprocuratur zu verpflichten, zu einem Vergleiche, einem Anerkenntnisse oder einer Verzichtleistung die vorhergehende Ermächtigung nachzuweisen oder nur unter Vorbehalt nachträglicher Genehmigung diese Rechtshandlungen vorzunehmen, ohne dass eine solche Bestimmung als eine Anwendung des §. 32 C. P. O. anzusehen wäre. — Aus dem hier in Rede stehenden freien Entscheidungsrechte der Verwaltungsbehörde folgt dann aber für den innern Verkehr zwischen der letztern und der Finanzprocuratur, dass dieselbe, wenn sie Bedenken gegen die Streiteinlassung

Digitized by Google

hat, diese wohl der Verwaltungsbehörde bekannt geben, die Einlassung in den Streit aber nicht verweigern könne. Die provisorische Dienstesinstruction sieht diesen Fall nicht vor; das Patent von 1783 verwies im §. 32 die Kammerprocuratur auf die Belehrung der Landes- oder Finanzstelle, während die Fiscalinstruction von 1801 im §. 7 das ostgalizische Fiscalamt sogar berechtigte, eine Entscheidung der Hofbehörde zu provociren. Den Finanzprocuraturen ein solches Beschwerderecht einzuräumen, ist durchaus nicht unbedingt befürwortenswerth, weil sie dadurch eine Ingerenz in Fragen nehmen könnten, deren Entscheidung grundsätzlich den Verwaltungsbehörden allein zusteht.

Das zweite oben angedeutete charakteristische Moment der angeführten ausländischen Einrichtungen ist, dass die Verwaltungsbehörde sich in der Regel durch private Anwälte als Processbevollmächtigte vor Gericht vertreten lässt. Dass das Staatsvermögen dadurch eines für Fiscalangelegenheiten specialisirten Anwaltes entbehrt, ist bereits hervorgehoben worden, und die kurzen Andeutungen über den ausländischen Zustand dürften auch die weitere Bemerkung gerechtfertigt haben, dass das Ausland, insbesondere Frankreich und Rumänien, in dieser Richtung Ansätze zu einer Umgestaltung zeigt. Aber abgesehen von diesem Nachtheile erscheint der ausländische Vertreter des Staatsvermögens in wohl definirter Stellung vor Gericht und ist jedenfalls, wenn er einem gegnerischen Anwalt gegenüber tritt, nicht schlechter gestellt als dieser. Gleich diesem ist er alleiniger Träger der Processvollmacht, deshalb in erster Reihe nur durch Rücksichten auf die eigene Verantwortlichkeit beschränkt, und gleich diesem steht er mit seinem Auftraggeber in unmittelbarer persönlicher Berührung, kann in freier Beweglichkeit so ausreichende Information sich holen, als ihm dies erforderlich scheint und möglich ist. Ein solches Auftreten vor Gericht der Finanzprocuratur instructionsmässig zu ermöglichen, wäre eine Combination des heimischen mit dem ausländischen Vortheile, eine Festhaltung des letzteren bei Vermeidung des oben erwähnten Nachtheils. Aus den angeführten ausländischen Einrichtungen ist der Weg zu einer solchen Combination, d. i. die Art, wie die Dienstesverfassung der Finanzprocuraturen zu diesem Behufe zu ändern wäre, allerdings nicht zu entnehmen, eben weil im Auslande der Anwalt nicht innerhalb einer Beamtenhierarchie steht und es dort daher nicht gilt, die Anforderungen der letzteren mit der freien Beweglichkeit des Anwaltes zu vereinbaren. Wohl aber weist eine andere ausländische Einrichtung, nämlich die Dienstesverfassung des französischen *ministère public*, einen Weg, der dahin führt, den Zweck zu erreichen, ohne von der gegenwärtigen dienstlichen Stellung des Finanzprocurators mehr zu opfern, als unbedingt erforderlich ist. Jene Dienstesverfassung ruht in der Anschauung von der Unterthänigkeit der Feder und der Freiheit des Wortes. *„La plume est serve, la parole est libre“* lautet die alte Parömie, und sie enthält, wie Ortolan treffend

Digitized by Google

ausführt, eine wohlbegründete Unterscheidung. *La plume:* das heisst, die schriftlichen Processacte vollziehen, den Fall der Cognition der Gerichte in einer bestimmten Richtung unterbreiten; hier hat der einzelne Beamte die Aufträge seines Vorgesetzten zu befolgen, wie ja dem Gesagten zufolge die Finanzprocuratur als solche in die Lage kommen kann, gegen ihre juristische Ueberzeugung und trotz ihres vom Processe abrathenden Gutachtens einen Rechtsstreit bei Gericht anhängig zu machen und in einer bestimmten Richtung eine gerichtliche Entscheidung zu provociren. *La parole* aber: d. h. eine Meinung vor Gericht vertreten, seinem Urtheile und seiner Ueberzeugung Ausdruck geben, hier ist Zwang übel angebracht — *„avis, opinion, jugement par contrainte, c'est dérision"* (Ortolan, *Elements de droit pénal, tome II, No. 1952, 2031 ss.*). Diese Anschauung gelangt in den Art. 42, 48 und 49 des Decret vom 6. Juli 1810 und in Art 43 und 49 der Ordonnance vom 15. Jänner 1826 in der Weise zum Ausdruck, dass die *avocats généraux* und die *substituts* im Allgemeinen der Leitung des *procureur général* unterstehen; zugleich sind sie gehalten, in wichtigen und schwierigen Fällen *(dans les causes importantes et ardues)* und überdies in allen Fällen, wo der *procureur général* es verlangt, die mündlichen Anträge *(conclusions)*, die sie vor Gericht zu stellen gedenken, dem Letzteren mitzutheilen; ist dieser mit dem beabsichtigten Antrage nicht einverstanden, so ist der Fall in der Versammlung aller Mitglieder vorzutragen und der mündliche Antrag vor Gericht nach der Meinung der Mehrheit zu stellen, wobei aber dem *procureur général*, selbst wenn er mit seiner Ansicht in der Minderheit bleibt, noch immer freisteht, selbst das Wort vor Gericht zu ergreifen und den Antrag *(la conclusion)* nach seiner Ansicht zu stellen. Ortolan *(l. c. No. 2053 in fine)* fasst den Inhalt dieser Bestimmungen in richtiger, nur scheinbar über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehender Weise dahin zusammen, es sei die Pflicht dieses Chefs, wenn auf einer der seinigen gegentheiligen Ansicht bestanden wird, das Wort selbst zu ergreifen oder ein anderes Mitglied des *ministère public*, das mit ihm gleicher Meinung ist, zu delegiren, oder endlich die gegentheilige Meinung zum Worte gelangen zu lassen. Innerhalb einer solchen Ordnung behält der Leiter des Amtes einen entscheidenden Einfluss nicht nur auf den Geschäftsgang im Allgemeinen, sondern auf jeden Schritt in dem Fortgange der einzelnen Angelegenheit, ohne den Untergebenen zu einem Opfer seiner eigenen Ueberzeugung zu zwingen; diese bleibt für ihn vielmehr in der mündlichen Verhandlung vor Gericht insolange massgebend, als ihm die Vertretung nicht abgenommen ist.

In ähnlichem Sinne umgestaltet, würde die Dienstesinstruction für die Finanzprocuraturen dem mündlichen Verfahren Rechnung tragen, ohne der amtlichen Stellung des Finanzprocurators nahe zu treten. Schon die geltende Dienstesinstruction schreibt im §. 9 die collegiale Berathung wichtiger oder schwieriger Angelegenheiten vor

Digitized by Google

über Anregung des Referenten oder über Auftrag des Finanzprocurators. Allein diese Berathung ist kaum mehr als eine blosse aufklärende Discussion, weil die Ansicht des Finanzprocurators, auch wenn sie vereinzelt ist, allein entscheidet. Nach dieser hat der Referent die Erledigung zu entwerfen, welche vom Finanzprocurator gefertigt wird und für welche derselbe verantwortlich ist. An diese Bestimmungen hätte die Aenderung anzuknüpfen, die sich aus der geänderten Stellung des Referenten ergeben würde. Unverändert bliebe die letztere, soweit das Verfahren schriftlich bleibt. Die Rechtsconsultation im Processe, die Klage, die Klagsbeantwortung, soweit sie schriftlich erfolgt, hätte nach wie vor von der Finanzprocuratur, dem Amte als solchem auszugehen und der Finanzprocurator daher seinen bisherigen Einfluss auf die Streiteinlassung, Streitfortsetzung und auf die Richtung des Processes zu behalten. Sowie aber der Process zur mündlichen Verhandlung gedeiht, hätte der für dieselbe bestellte Referent in die Processbefugnisse der Finanzprocuratur einzutreten und unter persönlicher Verantwortung innerhalb der durch die Klage oder Klagebeantwortung, wenn eine solche stattgefunden hat, festgelegten Grenzen nach seiner juristischen Ueberzeugung den Process insolange zu führen, als dieser ihm nicht abgenommen wird. Daraus folgt einerseits, dass die vorbereitenden Schriftsätze, die untheilbar mit der mündlichen Streitverhandlung verbunden sind (§§. 78 und 176 C. P. O.), vom Referenten auszugehen hätten und zu fertigen wären, andererseits dass es Sache seiner Ueberzeugung und Verantwortlichkeit wäre, das Processmaterial, so weit es noch nicht vorhanden ist, rechtzeitig und ausreichend zur Stelle zu schaffen, zu welchem Behufe ihm der unbehinderte, auch mündliche Verkehr mit den betheiligten Behörden freizustellen und zu ermöglichen wäre. Dabei wäre er jedoch gehalten, in wichtigen oder schwierigen Angelegenheiten und jederzeit über Auftrag des Finanzprocurators rechtzeitig, womöglich noch vor erfolgter Ueberreichung eines allfälligen vorbereitenden Schriftsatzes dem Finanzprocurator die mündlichen Anträge, die er vor Gericht zu stellen gedenkt und — soweit thunlich — auch deren Begründung, sowie allenfalls auch die Stellung, die er den gegnerischen Anträgen gegenüber einzunehmen gedenkt, dem Finanzprocurator mitzutheilen. Wäre dieser anderer Ansicht und käme eine Ausgleichung der Meinungen nicht zustande, dann wäre der Finanzprocurator berechtigt, die Vertretung vor Gericht selbst zu übernehmen oder den Fall der collegialen Berathung zu unterbreiten. Bei dieser hätte in der Regel die Majorität zu entscheiden, deren Ansicht jedoch von einem Mitgliede der Majorität vor Gericht zu vertreten wäre, falls diese gegen den Referenten ist. Würde der Finanzprocurator überstimmt, dann bliebe er noch immer berechtigt, die Vertretung selbst zu übernehmen und nach seiner Ansicht zu gestalten, oder aber die Vertretung einem Mitgliede, das mit ihm gestimmt hat, zu übertragen. Erfolgt eine

Digitized by Google

solche Uebertragung, dann hätte der neuernannte Referent an Stelle des früheren mit allen Pflichten und Befugnissen desselben zu treten.

Zufolge einer solchen Einrichtung würde die bureaukratische Verfassung hier eine Umgestaltung erfahren ähnlich derjenigen, die sie in Ansehung der Bezirksgerichte im §. 5 der Jurisdictionsnorm vom 1. August 1896, R. G. Bl. Nr. 111, im §. 411 der C. P. O. desselben Datums, R. G. Bl. Nr. 113, und in §. 24 ff. des Gerichtsorganisationsgesetzes vom 27. November 1896, R. G. Bl. Nr. 217, bereits erfahren hat. An Stelle des schreibenden Bezirksgerichtes mit einem Bezirksrichter als alleinigem Repräsentanten des Amtes und einer grösseren oder geringeren Zahl von Gehilfen des Bezirksrichters haben diese Gesetzesstellen ein für die mündliche Verhandlung eingerichtetes Bezirksgericht mit einander wesentlich coordinirten Einzelrichtern gesetzt; an Stelle der schreibenden Finanzprocuratur würde der Referent treten. Aus gleicher Ursache hervorgegangen, wäre hier die Umgestaltung keine so durchgreifende, weil die Wirkung derselben Ursache nur einen beschränkten Theil der Arbeitsthätigkeit der Finanzprocuraturen erfasst. Die Umgestaltung würde sich auf die mündliche Streitverhandlung, beziehungsweise auf die Vertretung bei derselben beschränken. Hier der Referent an Stelle der Finanzprocuratur, dort der Einzelrichter an Stelle des Bezirksgerichtes, hier wie dort das freie selbständige Wort an Stelle der gehorchenden Hand.

So würde der Finanzprocuratur die Möglichkeit geboten, dass sie zu einem Anwalte im gesetzlichen Sinne des Wortes werde, dass bureaukratische Schwerfälligkeit von persönlicher Initiative, schreibende Langsamkeit von lebendiger Raschheit, unpersönliche Correspondenz von unmittelbarem mündlichen Verkehr, abstracte Verantwortlichkeit von realem Einsatz der eigenen Person abgelöst werde. Allerdings nur eine Möglichkeit. Denn dass diese zur Wirklichkeit sich gestalte, dazu müsste der Referent in sich jene Eigenschaften vereinen, die den inneren Werth des Anwaltes bedingen, sowohl im Allgemeinen, als auch mit Rücksicht auf seinen besonderen Beruf zur Vertretung von Fiscalangelegenheiten. Da versagt die allgemein verordnende Thätigkeit der Staatsverwaltung und beginnt deren aufmerksame, ununterbrochene Fürsorge für die Personalangelegenheiten der Finanzprocuratur, worauf vorhin verwiesen wurde. Nur diese immer und immer wieder einsetzende Fürsorge der Staatsverwaltung würde auf die durch eine geänderte Dienstesverfassung freier gewordene Bahn einen Anwalt stellen, der fähig und dem es auch möglich wäre, die Ansprüche zu erfüllen, welche die Rechtsprechung an ihn stellt und die Processpartei stellen muss. Diese beiden Ansprüche haben hier einen Ursprung: Der Staat erhebt ihn als Vermögenssubject und als Quelle aller Rechtsprechung; in dieser abseits stehenden und oft übersehenen Institution concentrirt sich ein grosses Stück staatlichen Interesses, das für die Bedeutung dieser Institution

Digitized by Google

zeugt. Und deshalb kann nicht der freie Wettbewerb die Befriedigung dieses staatlichen Interesses verbürgen, sondern die Bethätigung der Erkenntniss, dass der erhöhte Anspruch, den die Staatsverwaltung stellt, auch ihre Pflicht erhöht.

Aus dieser Bethätigung und nur aus dieser kann dem Staate ein Anwalt werden, der vermöge seiner entsprechend geregelten dienstlichen Stellung, vermöge seiner allgemeinen Befähigung und seiner besonderen Qualification wohlgerüstet das Kampfgebiet der neuen Civilprocessordnung betreten und zugleich das nützliche Mitglied einer Behörde sein kann, deren Beruf weit über die anwaltschaftliche gerichtliche Vermögensvertretung hinausragt.

Czernowitz, 1. September 1897.

Digitized by Google

Literatur.

I. Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation.

Von Dr. Emil Steinbach. Wien 1897, Manz'sche Hofbuchhandlung. 8° und 184 Seiten.

Im vergangenen Jahre hat Herr Dr. Steinbach einen Vortrag gehalten, worin er zum erstenmale den Gedanken ausführte, dass die gesammte productive Thätigkeit der Menschen durchaus nicht einheitlich aufgebaut sei, dass sich vielmehr in den unendlichen Aeusserungen des menschlichen Schaffens zwei charakteristische Typen unterscheiden lassen: der Erwerb und der Beruf. Steinbach hat diesen Gegensatz in grossen Zügen durchgeführt und davon mit wenigen scharfen Strichen ein packendes Bild entworfen. Die Detailausführung dieses Bildes hat er nun in dem vorliegenden Buche: Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation, geliefert. Man könnte auch sagen, dass, während die Schrift: Erwerb und Beruf gleichsam die Punctationen enthält, nun das ganze Instrument vollendet vorliegt. Lassen wir zunächst dem Autor das Wort.

Die gegenwärtige Wirthschaftsordnung, beginnt Steinbach, steht unter dem Zeichen des Vertrages. Die wirthschaftliche Thätigkeit massgebender grosser Stände, namentlich des Handelsstandes, besteht in der Hauptsache nur aus dem Abschlusse von Verträgen und der Erfüllung der vertragsmässig vereinbarten Leistungen und auch bei den anderen grossen Zweigen der eigentlichen wirthschaftlichen Thätigkeit, beim Gewerbe und selbst bei der Urproduction, wächst die Häufigkeit und Bedeutung des Abschlusses von Verträgen beim Bestande der gegenwärtigen Wirthschaftsordnung immer mehr und wird immer ausschlaggebender für den schliesslichen Erfolg der gesammten wirthschaftlichen Thätigkeit des Individuums.

Die überlieferte Eintheilung dieser Verträge in entgeltliche und unentgeltliche verwirft Steinbach, da sie wenig erschöpfend und rein äusserlich ist. Ihr stellt er eine neue, dem wirklichen Leben abgelauschte und dessen thatsächliche Verhältnisse wiederspiegelnde Eintheilung gegenüber, wobei er als Unterscheidungsmerkmal den

Digitized by Google

Zweck all dieser zahllosen Vertragsabschlüsse ansieht. Auf der einen Seite finden wir nämlich eine Gruppe von Verträgen, deren Zweck die Ueberlassung wirthschaftlicher Güter ist. Es sind dies Verträge, wo sich die Contrahenten als wirthschaftliche Gegner gegenüberstehen. Der Egoismus ist hier die lebendige Kraft des ganzen Geschäftes, jeder sucht sich auf Kosten des andern zu bereichern, es sind mit einem Worte: Kampfverträge. Das friedliche Gegenstück dazu sind die Verträge, welche die Schaffung oder Ergänzung des Subjectes der Wirthschaft bezwecken. Steinbach nennt sie Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation und zählt zu ihnen die *Societas*, die Corporation zu wirthschaftlichen Zwecken, das Mandat (soweit es eine Stellvertretung des Auftraggebers enthält, also dessen wirthschaftliche Potenz ergänzt), ebenso die *negotiorum gestio*, die Vormundschaft und Güterpflege, die Vertretung der Ehegattin und der Kinder, die Einrichtungen zur Vertretung und Vermögensverwaltung der juristischen Personen, und endlich als die typischeste Form dieser Gruppe von Rechtsgeschäften und als den schärfsten Gegensatz zur Kategorie der Güteraustauschverträge: den Beamtenvertrag.

Welches sind nun die den Begriff der Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation constituirenden Merkmale? Steinbach hebt deren drei hervor: Das Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheils, die Verpflichtung zum Ersatze von Auslagen und Schäden und die Beschränkung der Haftung auf *diligentia in concreto*. Mit einem ungewöhnlichen Aufwande an Gelehrsamheit und einer geradezu souveränen Beherrschung der Literatur weist nun Steinbach nach, dass diese Merkmale allen Rechtsgeschäften der wirthschaftlichen Organisation eigenthümlich sind; wie denn auf der anderen Seite das Fehlen dieser Merkmale die Güteraustauschverträge kennzeichnet. Bei diesen ist Jedermann berechtigt, seinen Vortheil zu verfolgen, auch wenn dies auf Kosten des anderen Vertragstheiles geschieht. Als Beleg hiefür citirt Steinbach das charakteristische Wort Ulpian's (l. 16, §. 4 D, IV, 4): *Idem Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Anders bei den Organisationsverträgen. Was zunächst die *Societas* betrifft, so ist es allerorten, wie auch schon im gemeinen Recht, ein anerkannter Grundsatz, dass der Gesellschafter herausgeben müsse, was er für die Gesellschaft oder aus Gesellschaftsvermögen erworben hat. Die Gesellschaft beruht eben in ihrem Verhältnisse nach innen auf Treue und Glauben; wo diese Voraussetzung fehlt, ist ihr gedeihlicher Fortbestand nicht mehr möglich.

Analoge Rechtsgrundsätze bestehen bei der *negotiorum gestio*, für alle Formen der Vormundschaft und Güterpflege. Es ist ein unzweifelhaft in allen Gesetzgebungen anerkannter Grundsatz, dass Vormünder und Güterpfleger aus ihrer Geschäftsführung keinen Vermögensvortheil ziehen dürfen und nur in gewissen, gesetzlich be-

Digitized by Google

stimmten Fällen Anspruch auf ein der richterlichen Bestimmung unterliegendes Honorar haben. Mit der grössten Klarheit tritt derselbe Grundsatz natürlich auch beim Beamtenverhältnisse zutage. Hier weist Steinbach besonders nach, dass neuere Strafgesetze die Geschenkannahme seitens der Beamten ganz allgemein der strafrechtlichen Sanction unterstellen.

Muss also der Ausschluss der Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten als ein besonderes Merkmal der Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation im Gegensatze zu den den Austausch äquivalenter Güter und Leistungen bezweckenden Verträgen angesehen werden, so ergibt sich als eine nothwendige Folge dieses Grundsatzes im Sinne der Postulate der ausgleichenden Gerechtigkeit, dass der durch die Vorschrift des Gesetzes in der Verfolgung des eigenen Vortheils behinderte Vertragstheil andererseits vor Benachtheiligungen bewahrt und dass ihm namentlich seine Auslagen ersetzt werden. Auch diese Eigenthümlichkeit der Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation weist Steinbach an jedem einzelnen überzeugend nach.

Das dritte kennzeichnende Merkmal ist die Regelung der Haftung der Vertragsgenossen untereinander. Die freilich nicht ausnahmslos durchgeführte Regel des römischen Rechts in Betreff der Haftung der Contrahenten von Verträgen, welche die Uebertragung von Sachen oder ihrer Benützung oder die Leistung von Arbeiten und Diensten zum Gegenstande haben, geht bekanntlich dahin, dass bei allen onerosen Verträgen beide Theile für *dolus, culpa levis* und *lata* haften, während bei unentgeltlichen Verträgen derjenige, welcher die Gefälligkeit erhält, gleichfalls für *culpa levis*, derjenige aber, welcher die Gefälligkeit erweist, blos für *dolus* und *culpa lata* haften soll. Ganz anders bei den Organisationsverträgen. Hier geben die Gesetzgebungen dem Richter für die Beurtheilung der Haftungspflicht der betheiligten Personen einen anderen, einen subjectiven Massstab an die Hand und weisen ihn an, die Haftungsfrage nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern mit Rücksicht auf die subjectiven Eigenschaften der betreffenden in Anspruch genommenen Person zu entscheiden. Man spricht in diesen Fällen bekanntlich von der Prästation der *diligentia quam in suis* oder der *diligentia in concreto*.

Steinbach führt in dieser Richtung aus, dass bei der rechtlichen Beurtheilung der Beziehungen der Menschen in Güteraustauschverträgen zu einander vielfach Durchschnittsmassstäbe zur Anwendung gelangen müssen. Als die primärste Forderung an das Gesetz und die Rechtsprechung gilt Objectivität und Unparteilichkeit, woraus unmittelbar die Anwendung von objectiven, also namentlich von Durchschnittsmassstäben folgt. Dazu gehört unter Anderem auch die Diligenz des *bonus pater familias* mit all ihren Varianten und Abarten. „Die Nothwendigkeit und Gerechtigkeit der Anwendung solcher Massstäbe ergibt sich bei näherer Betrachtung

Digitized by Google

der einschlägigen Rechtsverhältnisse von selbst. Bei den Verträgen, deren Inhalt den Austausch wirthschaftlicher Güter bildet, hat jeder vertragschliessende Theil das Recht, den Gegenwerth des von ihm hingegebenen Gutes zu fordern. Entsteht darüber Streit und enthält über das, was gegenseitig zu leisten ist, nicht der Vertrag selbst die erforderlichen näheren Bestimmungen, so erübrigt, um Unrecht zu vermeiden, nichts Anderes, als die versprochene Leistung nach einem möglichst objectiven, einem mittleren, einem Durchschnittsmassstabe zu fixiren. Das gilt ebensowohl von der Leistung von Sachgütern, als von der Leistung von Arbeiten, sowie von der bei der Leistung zu prästirenden Sorgfalt. Dabei ist mit dem vollzogenen Güteraustausche das Vertragsverhältniss erschöpft; das Interesse der Parteien ist lediglich dahin gerichtet, für die eigene Leistung möglichst viele und möglichst vorzügliche Güter im Austausch zu erlangen und Jeder sucht dabei seinen Vortheil — wenn auch zum Schaden des anderen Vertragstheiles — nach Kräften zu wahren, lediglich beschränkt durch etwaige gegen Ausbeutung eines Vertragstheiles durch den anderen erlassene Vorschriften des positiven Rechtes. "

Welch anderes Bild bieten die Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation! Hier sind die Leistungen der Theilnehmer nicht Leistungen des Güteraustausches, die im Principe objectiv äquivalent sein sollen; sie sind vielmehr gegenseitige Leistungen der Glieder desselben Organismus, hinsichtlich welcher im Interesse der Förderung des gemeinsamen Zweckes gefordert werden muss, dass jeder sein subjectiv Bestes — aber eben auch nur das — leiste und diesem Gedankengang entspricht der Begriff der *diligentia in concreto*, wonach der hiezu Verpflichtete in dem betreffenden Rechtsverhältnisse soviel zu leisten hat, als er unter dem mächtigen Triebe des Egoismus in seinen eigenen Angelegenheiten zu leisten pflegt.

Aus der Fülle der Organisationsverträge, wie sie das vielverschlungene und formenreiche moderne Wirthschaftsleben geschaffen hat, hebt nun Steinbach einige typische Formen heraus, die er näher charakterisirt. Eine sehr wichtige Form dieser Organisationen ist die Verbindung selbständiger Subjecte zur Erreichung eines wirthschaftlichen Zweckes. Es handelt sich dabei um eine Vereinigung von im Wesentlichen gleichberechtigten Subjecten, um eine Neben-, nicht um eine Unterordnung. Die typische Vertragsform für diese Art der Organisation ist die *societas*, insoweit es sich dabei um eine Association von Personen und nicht um eine reine Capitalsassociation handelt, weil dann die rechtlichen Grundsätze der Güteraustauschverträge zur Anwendung kommen. Eine zweite Hauptform der in Rede stehenden Organisationen ist die Vertretung des Subjectes der Wirthschaft durch eine andere Person, in den verschiedenen Formen des Mandates, der *negotiorum gestio*, der gesetzlichen Vertretungsfälle, der Pflegschaftsverhältnisse u. s. w. Eine dritte Hauptform ist die organische Ergänzung des Subjectes der Wirthschaft. Das Hauptgewicht liegt hier auf den Merk-

Digitized by Google

malen der organischen Ergänzung und der Unterordnung, denn unter diese Kategorie gehört durchaus nicht etwa jede Heranziehung der Arbeit anderer Personen seitens des Subjectes der Wirthschaft. Im Gegentheile, der Arbeitsvertrag, die *locatio conductio operis* und *operarum*, der Dienst- und der Werksvertrag sind als solche ihrem Wesen nach Güteraustauschverträge und haben mit den Organisationsverträgen nichts gemein. Hier handelt es sich dagegen um den organischen Arbeitsvertrag, dessen Typus der sogenannte Beamtenvertrag ist.

Ausser diesen förmlichen Reinculturen der Organisationsverträge gibt es aber auch Mischformen zwischen diesen und den Güteraustauschverträgen, oft die Schattenseiten beider vereinend. Als Beispiel einer solchen Mischform mag die Regelung der Rechtsverhältnisse der Hilfsarbeiter dienen, wie sie in den §§. 76, 82 der österr. Gewerbeordnung, sowie in den Art. 56, 59 und 60 H. G. zum Ausdrucke gelangt. Mit Recht schlägt Steinbach den Werth solcher Mischformen sehr gering an. „Zwischen dem Aequivalenzverhältniss des Dienst- und Werksvertrages und dem Unterordnungs- und Treueverhältnisse des Beamtenvertrages besteht eben auf allen Punkten ein unverkennbarer Gegensatz; es ist nicht möglich, für die Lohnzahlungen der *locatio conductio operarum* die Gehorsams- und Treueverpflichtungen des Beamtenvertrages als Gegenleistung sich stipuliren zu lassen, denn zur gesicherten Bewirkung einer einem Treueverhältnisse entsprechenden Handlungsweise genügt nicht die vertragsmässige Uebernahme der darauf gerichteten Verpflichtung; es gehört dazu auf Seite des Verpflichteten auch die entsprechende, auf ethischer Grundlage beruhende Gesinnung und diese entsteht und erhält sich nur, wenn sie auch auf der anderen Seite besteht und in der Uebernahme und genauen Erfüllung der entsprechenden Gegenverpflichtungen ihren Ausdruck findet. Wenn irgendwo, so gilt hier wie im Lehensrecht das Sprichwort: „Treue wird um Treue verkauft"; ein Vertragsverhältniss aber, das auf der einen Seite die Treueverpflichtungen eines Organisationsvertrages begründen, den anderen Vertragsgenossen aber nicht weiter verpflichten soll als jeder Güteraustauschvertrag und denselben namentlich auch zur Anwendung aller Waffen des Concurrenzkampfes gegen den zur Treue verpflichteten Contrahenten berechtigt, ein solches Vertragsverhältniss kann nicht auf dauernden Bestand und genaue Erfüllung rechnen.

In viel höherem Grade als die erwähnte Mischform und ihre gesetzliche Regelung ist die Uebertragung des Beamtenvertrages und der ihm entsprechenden Rechtsverhältnisse auf das Privatunternehmen, namentlich auf Grossindustrie und Grosshandel, auf Bergwerksunternehmungen, Eisenbahnen, Schiffahrtsunternehmungen, Banken und andere Creditinstitute, Versicherungsanstalten u. s. w. geeignet, den früher hervorgehobenen Schwierigkeiten abzuhelfen. Dem entsprechend sehen wir auch das sogenannte Privatbeamtenthum, eine Nachahmung, beziehungsweise Verpflanzung der dem Beamtenthum der öffentlichen

Digitized by Google

Corporationen eigenthümlichen Organisation und des entsprechenden beiderseitigen Schutz- und Treueverhältnisses auf andere Gebiete, in steter Verbreitung und im lebhaftesten Wachsthum."

Zusammenfassend sagt Steinbach am Schlusse des allgemeinen Theiles seines Buches: Auf der einen Seite stehen die Güteraustauschverträge, ihrer Natur nach dem Gebiete des wirthschaftlichen Kampfes angehörend, gewissermassen die Friedensschlüsse zu dem vorhergegangenen Kampfe zwischen Angebot und Nachfrage und den sonstigen auf die Preisbildung Einfluss nehmenden mannigfaltigen Momenten, wobei die Niederlage des schwächeren Theiles besiegelt, die Folgen seiner Niederlage festgesetzt und unter staatlichen Rechtsschutz gestellt werden, sofern nicht das staatliche Gesetz selbst der Ausbeutung des einen Vertragscontrahenten durch den anderen eine Grenze zieht; auf der anderen Seite erblicken wir die Organisationsverträge, die nicht den Kampf der einzelnen Subjecte, sondern das friedliche Zusammenwirken derselben zu einem gemeinsamen Zwecke voraussetzen und dieses Zusammenwirken zu ordnen bestimmt sind, welche die einzelnen Zellen zu Gebilden höherer Ordnung zusammenfassen und ihre Beziehungen zu einander regeln. Dieser Gegensatz wird der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in der künftigen Entwicklung wohl in höherem Masse zum Bewusstsein kommen, als es bisher der Fall war.

Steinbach begnügt sich jedoch nicht mit diesem Wechsel auf die Zukunft, sondern weist in einem zweiten Theile seines Buches bereits an der Hand der gegenwärtigen Gesetzgebung nach, wie dringend nothwendig die Beachtung dieses Gegensatzes ist und welche Verheerungen dessen Nichtbeachtung bereits angerichtet hat. Als Beispiele werden in dieser Beziehung das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs, der Bruch des Arbeitsvertrages, die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, die Concurrenzclauseln und endlich die Cartelle eingehend erörtert.

Beim Selbsteintrittsrecht des Commissionärs weist Steinbach namentlich an der Hand des neuen deutschen Börsengesetzes nach, dass sich die Gesetzgebung hier einfach eine undurchführbare Aufgabe gestellt hat. Man könne nicht ein Rechtsverhältniss befriedigend codificiren, das je nach dem Willen einer Partei bald ein Treue-, bald ein Kampfverhältniss sein solle. Ein solches Verhältniss könne gewohnheitsmässig entstehen, könne sich auch durch längere Zeit im Verkehre erhalten, müsse aber zuletzt infolge seiner inneren Widersprüche und der dadurch hervorgerufenen Missbräuche (man denke namentlich an den „Coursschnitt") in seiner Anwendung wieder verschwinden. Die reinliche Scheidung zwischen echtem Commissions- und Kaufgeschäft werde sich im Verkehr allmälig vollziehen, sie werde am allerwenigsten durch so complicirte Codificationen eines widerspruchsvollen Mischverhältnisses aufgehalten werden, wie es die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Börsengesetzes seien.

Was die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches betrifft, so spricht sich Steinbach entschieden gegen eine all-

Digitized by Google

gemeine Androhung von öffentlichen Strafen gegen den Arbeitsvertragsbruch aus, ohne solche Strafdrohungen für specielle Fälle der Vertragsverletzung im Falle der Gefährdung anderer Rechtsgüter auszuschliessen. Die geschichtliche Entwicklung lehre, dass die Androhung öffentlicher Strafen auf den Arbeitsvertragsbruch erst dann allgemeiner und häufiger geworden sei, als das betreffende Organisations- und Pflichtenband sich abgeschwächt habe. Da habe man das Pflichtgefühl durch die Furcht vor der Strafe ersetzen zu können geglaubt. Natürlich ohne Erfolg. Auch im heutigen Rechtsleben könne man beobachten, dass lebenskräftige, auf einem Verhältnisse der Dienstgewalt und der Unterordnung beruhende Organisationen keiner Androhung öffentlicher Strafe bedürfen, um die Erfüllung der entsprechenden Pflichten auf Seite der untergeordneten Mitglieder der Organisation zu sichern. Zu diesem Zwecke sei die Uebung einer geregelten Disciplinargewalt vollkommen ausreichend.

Ganz merkwürdig ist auch die Haltung der Gesetzgebung in der Frage der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses. Die Gesetzgebung nimmt hier für die rein privatrechtliche *locatio conductio operarum*, für den Güteraustauschvertrag, bei welchem das *„naturaliter contrahentibus licere se circumvenire“* platzgreift, den Charakter eines Organisationsvertrages, noch dazu mit einer stillschweigend übernommenen persönlichen Treuepflicht in Anspruch. Es ist aber wohl klar, dass es nicht angeht, ein solches Postulat einseitig aufzustellen, so dass das Verhältniss des Angestellten von seiner Seite die Natur eines Organisationsvertrages, von Seite des Dienstherrn aber die Natur eines Güteraustauschvertrages haben würde. Treue wird eben, wie das Sprichwort sagt, nur um Treue erkauft. Ganz anders natürlich beim Beamtenverhältnisse. Hier geht die dauernde Pflicht zur Verschwiegenheit, selbst nach der Auflösung des Verhältnisses, aus der Natur der Sache hervor, und es liegt in dem Bestande einer solchen Pflicht auch gar keine Härte, da der Eintritt in ein Beamtenverhältniss ja in der Regel für die ganze Dauer der Arbeitsfähigkeit des Eintretenden erfolgt, in jedem Falle aber das Beamtenverhältniss nach seiner Natur als ein dauerndes, auf wechselseitigen Schutz- und Unterhalts-, beziehungsweise Treuepflichten beruhendes Verhältniss sich darstellt.

Von der Frage der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses geht Steinbach zur Besprechung der sogenannten Concurrenzclauseln über. Sie gehören zu den vertragsmässigen Beschränkungen der Vertragsfreiheit und vornehmlich der freien Concurrenz. Durch sie sucht sich der Inhaber eines Geschäftsbetriebes gegen die künftige Concurrenz eines anderen Unternehmers oder eines seiner derzeitigen Bediensteten, sei es überhaupt oder für bestimmte Erzeugnisse, für eine bestimmte Zeit oder für einen bestimmten Ort dadurch zu schützen, dass der Concurrent sich verpflichtet, den Wettbewerb in der betreffenden Richtung, eventuell bei sonstigem Verfall

Digitized by Google

einer vereinbarten Conventionalstrafe zu unterlassen. Die Anwendung dieser Clauseln ist in neuerer Zeit sehr häufig geworden, sie kommen überall vor und die Frage ihrer Zulässigkeit bildet in den verschiedenen Staaten den Gegenstand sehr zahlreicher richterlicher Entscheidungen. Diese beschränken sich zumeist auf das Erkenntniss, ob die betreffende, die Einschränkung der Concurrenz in irgend welchem Umfange festsetzende Vereinbarung giltig sei oder nicht. Im letzteren Falle verliert die ganze Vereinbarung ihre rechtliche Wirkung, es treten die bekannten Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes ein, im ersteren Falle bleibt dagegen die ganze Vereinbarung in demselben Umfange zu Recht bestehen, in welchem sie abgeschlossen worden ist. Diese Gebundenheit in der Entscheidung führt zu Härten und Zwangslagen für den Richter, da er nur für vollständige Aufhebung oder für vollständige Beibehaltung der getroffenen Vereinbarung sich aussprechen kann. Um diesen Schwierigkeiten zu entgehen, schlägt Steinbach vor, dem Richter analog dem Mässigungsrechte bei der Conventionalstrafe das Recht einzuräumen, die vereinbarten Concurrenzbeschränkungen auf Antrag der Partei unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse durch seinen Spruch auf das angemessene Mass, auf die richtige Mitte zwischen dem Streben nach Schutz auf der einen und dem Streben nach wirthschaftlicher Entwicklung auf der anderen Seite zurückzuführen. „Die Uebertragung einer dem Gebiete der Organisationsverträge eigenthümlichen Pflicht ohne die dem Organisationsverhältnisse entsprechende Gegenverpflichtung, also der einen Hälfte eines gegenseitigen Treueverhältnisses, ohne die dazu gehörige andere Hälfte auf das Gebiet des freien Verkehrs und der Güteraustauschverträge ist nothwendiger Weise mit Gefahren für den Verpflichteten verbunden und kann leicht zum Mittel der wirthschaftlichen Ausbeutung desselben werden, welcher die moderne Gesetzgebung auf dem Gebiete der Güteraustauschverträge nach Möglichkeit entgegenzutreten bestrebt ist. Von diesem Standpunkte ist es gewiss auch begründet, wenn der Richter durch die Gesetzgebung ermächtigt wird, solchen Verträgen auf den Grund zu sehen und ihnen nur insoweit den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren, als ihre Bestimmungen vom Standpunkte beider Parteien als billig erscheinen und keine Ausbeutung enthalten.“

Zum Schlusse behandelt Steinbach die Cartellfrage. Bei ihr handelt es sich nicht allein um die Frage, inwieweit es angeht, Verpflichtungen, welche den Organisationsverträgen eigenthümlich sind, auf das Gebiet des freien Verkehrs zu übertragen, obwohl bei der Vielgestaltigkeit der modernen Cartellbewegung diese Frage auch hier mitwirkt, sondern um die viel wichtigere Frage, welche Stellung in unserer gegenwärtigen, auf dem freien Verkehr und der Concurrenz beruhenden Wirthschaftsordnung der Staat gegenüber der Bildung von wirthschaftlichen Organismen einnehmen solle, welche in ihrem Bereiche die Vertragsfreiheit und die Concurrenz, also den wirth-

Digitized by Google

schaftlichen Kampf, ausschliessen und an dessen Stelle das Zusammenwirken zur Erreichung desselben Zweckes — dessen Nützlichkeit oder Schädlichkeit für das allgemeine Interesse zunächst ausser Betracht bleiben kann — setzen. Steinbach erörtert nun in eingehender Weise die Unmöglichkeit, den Cartellen auf dem Gebiete des Straf- oder Civilrechts allein beizukommen, und spricht sich im Princip für eine verwaltungsrechtliche Regelung aus, wobei er die Entscheidung über die Zulässigkeit der Cartelle einer nach Art eines Gerichtshofes zusammengesetzten Behörde übertragen möchte. „Das Verfahren vor dieser Behörde wäre contradictorisch zu gestalten, in welchem Falle die Antragstellung und die Vertretung des allgemeinen Interesses einem besonderen Organe, einer Art von Cartellstaatsanwalt, zu übertragen wäre, welcher dann auch mit der Ausübung des staatlichen Rechtes zur Abforderung von Auskünften beauftragt werden könnte. Der Apparat wäre nicht zu gross und zu umständlich in einer Frage, von der die Gestaltung der volkswirthschaftlichen Organisation in naher Zukunft zum sehr grossen Theile abhängen dürfte."

Dies der wesentliche Inhalt des Steinbach'schen Buches. Sein grosses Verdienst besteht vor Allem darin, einen fruchtbaren Gegensatz, der bisher nur latent im öffentlichen Rechtsbewusstsein geschlummert hat, zum greifbaren Ausdrucke gebracht und zum Gemeingut der Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung gemacht zu haben. Der Kern des Buches liegt nämlich in dem Nachweise, dass es zahllose Verträge gibt, die nicht aus Eigennutz geschlossen werden, die vielmehr einem höheren sittlichen Gedanken, dem des wechselseitigen Pflichtgefühles, der gesellschaftlichen Solidarität, entspringen. Proudhon hat für diese sittlichen Verhältnisse das schöne Wort „Mutualismus" gefunden. Steinbach hält nun hier eine Entwicklung offenbar für wünschenswerth und wahrscheinlich. Dass sie wünschenswerth ist — wer wollte das leugnen? Ob sie aber auch erfolgen wird, und zwar in dem Masse, dass daraus eine reinere und sittlich höhere Auffassung des socialen Lebens, eine intensivere Erfüllung der Pflichten hervorgehen würde, ist mehr als zweifelhaft. Ich glaube und habe dies auch bei der Besprechung der Schrift: „Erwerb und Beruf" in dieser Zeitschrift (Bd. XXIII, S. 596—599) ausgeführt, dass eine Steigerung des socialen Pflichtmomentes in einer Gesellschaftsordnung, die wie die jetzige auf den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und des freien Wettbewerbes ruht, zum Mindesten sehr begrenzt sein muss. Und dies vor Allem darum, weil ein erhöhtes Mass von Pflichtleistung doch nur von den Mitgliedern der Berufsstände verlangt werden kann, denen ein Recht auf Existenz gewährleistet ist. Das Corollar dieses Rechtsanspruches auf ein gesichertes ökonomisches Dasein ist eben dieses erhöhte Mass von Pflichten, die der Berechtigte zu erfüllen hat und die oft seine ganze Individualität erschöpfen. Den Mitgliedern der Erwerbsstände aber verbürgt Niemand ein Recht auf Existenz. Wenn sie sich's nicht

Digitized by Google

selbst verbürgen, so gehen sie einfach unter und der glücklichere Mitbewerber schreitet über sie hinweg. Solange also nicht Organisationen geschaffen werden, die den arbeitsfähigen und arbeitslustigen Mitgliedern der Erwerbsstände ein Recht auf Arbeit, das ihr auskömmliches Dasein sicherstellt, den Arbeitsunfähigen aber ein Recht auf Befriedigung ihrer Existenzbedürfnisse gewährleisten, wird man von ihnen wohl schwerlich verlangen können, dass sie nicht einzig und allein dem Dämon Eigennutz folgen, sondern auch im Erwerbe nach rein sittlichen Grundsätzen vorgehen. Darum glaube ich auch, dass noch für eine geraume Zeit die Zahl der Güteraustauschverträge die der Organisationsverträge ziemlich bedeutend überschreiten wird.

Das hindert aber nicht, dass die Aufhellung dieses Gegensatzes, besonders auch für die praktische Gesetzgebung, von grösstem Werthe ist. Sie kann und soll aus dem Steinbach'schen Buche die wichtige Lehre ziehen, dass man nicht solch unvereinbare Dinge, wie Treue- und Kampfverhältnisse, schablonenhaft zusammenwerfen soll. Denn thut sie dies, wie z. B. das neue deutsche Börsengesetz beim Selbsteintrittsrechte des Commissionärs, dann ist die Folge solcher gesetzlicher Ungereimtheiten nicht nur die völlige Wirkungslosigkeit, sondern — was viel schwerer wiegt — die Discreditirung der Gesetzgebung selbst und die Schwächung des Glaubens an die Wirkungen des gesatzten Rechtes überhaupt. Und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, hat das Steinbach'sche Buch auch jedenfalls einen über die Gegenwart hinausragenden praktischen Werth.

Dr. Rudolf Sieghart.

---

2. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht.

Mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Von Dr. Ernst Demelius. Erste Abtheilung. Wien 1897. (XII und 366 S.)

Der Verfasser legt die Eintheilung nach dem Entstehungsgrunde des Mobiliarpfandrechtes der systematischen Darstellung desselben zu Grunde (S. 30) und beschäftigt sich demgemäss in der vorliegenden ersten Abtheilung mit der Lehre vom vertragsmässigen Pfandrechte. Begriff und Wesen (§§. 5 und 6), allgemeine Grundsätze (§§. 7—11), Gegenstand (§§. 12 und 13) und die allgemeinen Voraussetzungen der Entstehung des vertragsmässigen Pfandrechtes (§. 14) werden in erschöpfender Darstellung vorgetragen. Die zweite Abtheilung soll, den Abschnitt vom vertragsmässigen Pfandrechte zu Ende führend, vom Pfandvertrage, von der Rangordnung, Uebertragung und Endigung des Conventionalpfandrechtes, sowie vom Rechte der Pfandleihanstalten handeln, sodann in einem zweiten Abschnitte das gesetzliche Pfandrecht und in einem dritten das Privatpfändungsrecht erörtern (S. VII

Digitized by Google

und 51). Das richterliche Pfandrecht (Pfändungspfandrecht) wird vom Verfasser nicht als Pfandrecht anerkannt und findet deshalb in seinem Systeme keinen Platz. Doch beschäftigen sich einleitende Betrachtungen mit dem Wesen desselben.

Für diese Anordnung des Stoffes war die Anschauung massgebend, dass die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes zum Theile auch eine durchgreifende Verschiedenheit der hervorgetriebenen Pfandrechte bewirke (S. 30). Der Verfasser gelangt daher zu einer völligen Zersplitterung des Pfandrechtsbegriffes. Eine ganze Reihe von principiellen Fragen, die sonst in Ansehung des Pfandrechtes überhaupt aufgeworfen zu werden pflegen, wird in die Lehre vom vertragsmässigen Pfandrechte an beweglichen Sachen eingezwängt. Aber durch die Einschränkung des Terrains gewinnt der Verfasser grössere Sicherheit und Bequemlichkeit. Oft genug vermag er die Lösung schwieriger Controversen der Auslegung des Parteiwillens zuzuschieben — ein Auskunftsmittel, dessen sich die von ihm bekämpften Juristen nicht bedienen konnten, da sie auch die Hypothek, das gesetzliche und das richterliche Mobiliarpfandrecht im Auge hatten. Dafür wird der Verfasser in den folgenden Abschnitten seines Werkes sich mit denselben Meinungen neuerlich zu befassen haben.

Dass das österreichische Recht hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich behandelt wird, zeigt schon der Titel des Buches. Ausser dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich werden auch das gemeine, das preussische und das sächsische Recht zur Vergleichung herangezogen. Das österreichische Recht selbst wird in seiner neuesten Gestalt dargestellt. Begreiflicherweise sind die Civilprocess- und die Executionsordnung nicht an allen Stellen berücksichtigt, wo sie vielleicht hätten in Betracht kommen können. Aber schon das, was in dieser Hinsicht geleistet wurde, ist höchst dankenswerth und konnte wohl nur geleistet werden von einem Schriftsteller, der als Processualist die Entwicklung des neuen reichhaltigen Gesetzesstoffes vom Anbeginne aufmerksam verfolgt hat.

Auffällig ist es jedoch, dass der Verfasser, der so oft Streifzüge in das Gebiet der römischen und deutschen Rechtsgeschichte unternimmt, ja selbst dem griechischen Rechte zuweilen ein Plätzchen in einer Anmerkung gönnt, den älteren österreichischen Rechtsquellen (abgesehen vom westgalizischen Gesetzbuche) jede Beachtung versagt. Nicht das Recht, das vor Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in den österreichischen Ländern wirklich galt, sondern das Recht des *Codex Theresianus* und seiner Umarbeitungen wird mit dem heutigen Rechte verglichen. Die Paragraphengeschichte verdrängt — wie in so manchen neueren Arbeiten — vollständig die Rechtsgeschichte. Und doch fliessen gerade für die Geschichte des Pfandrechtes die alten Quellen so ergiebig! Ein reicher Schatz harrt hier des Ersten, der sich die Mühe gibt zuzugreifen.

Die Nichtberücksichtigung naheliegender österreichischer Rechtsquellen zeigt sich z. B. S. 292: Ob die Forderung des Pfandgläubigers

Digitized by Google

„fällig sein muss, damit der weitere Versatz stattfinden könne, scheint aus den Quellen nicht hervorzugehen, ist aber wohl anzunehmen“ etc. Man vergleiche etwa die Art. 141 und 143 des Wiener Stadtrechtsbuches (Schuster'sche Ausgabe). Von der hier berührten Befugniss des Pfandgläubigers zur Realisirung des Pfandrechtes durch Versatz heisst es S. 345, Note 73: „Das deutsche Recht des Mittelalters kannte einen Fall, in dem der Nichteigenthümer eine Sache, und zwar als fremde mit sofortiger Wirksamkeit verpfänden konnte.“ Sollte es dem Verfasser unbekannt sein, dass diese Befugniss in den böhmischen Ländern noch bis zur Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches bestanden hat? (Stadtrechte H. XXVII.)

Die Verdrängung der Rechtsgeschichte durch die Paragraphengeschichte mag die Note 8 auf S. 144 illustriren. Da ist keine Rede von der allmäligen Einschränkung und Abschaffung der Generalhypothek in Oesterreich. Statt der wichtigen Pragmatica vom 10. Februar 1708 (Weingarten's Codex Nr. 630) wird der *Codex Theresianus* citirt und die Beseitigung der Generalhypothek durch das Hofdecret vom 20. Juni 1782, Nr. 55 und andere Gesetze (vgl. Exner, Hypothekenrecht, S. 59, Note 8) spiegelt sich nur in der Constatirung ab, dass der Martini'sche Entwurf die Generalhypothek nicht mehr kenne. Hiedurch muss doch wohl bei dem Unkundigen der Schein hervorgerufen werden, als ob, was in Wirklichkeit Schicksal des lebendigen Rechtsinstitutes gewesen ist, nur in der Phantasie der Verfasser verschiedener Gesetzentwürfe sich ereignet hätte.

Demelius sucht übrigens nicht in den Ergebnissen historischer Forschung, sondern im Gebiete der Rechtsphilosophie und der Nationalökonomie die Grundlage für seine Constructionen. Und hier bewährt er sich als Meister. Was im §. 5 (das Pfandrecht als subjectives Recht), wohl der glänzendsten Partie des ganzen Werkes, geboten wird, das hat eminente Bedeutung nicht nur für die Pfandrechtstheorie, sondern für das gesammte Vermögensrecht. Auf eine rein juristische Definition des Pfandrechtes verzichtet der Verfasser (S. 67) und erklärt dasselbe (S. 78) als „das Recht des Gläubigers auf subsidiäre Befriedigung aus einem bestimmten Vermögensrechtsgute (Sache im weiteren Sinne), falls die sichergestellte Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt wird“.

Zum Wesen des Pfandrechtes (oder nur des Conventionalpfandrechtes an beweglichen Sachen?) gehört also die Subsidiarität. Darunter soll folgende Eigenschaft verstanden werden: „Das Pfandrecht schafft — eine concurrirende Befriedigungsquelle, jedoch concurrirend nicht in dem Sinne, dass Gläubiger von vorneherein die Wahl hätte, aus welcher Quelle er Befriedigung schöpfen will: er muss mit der Befriedigung aus dem Pfande bis zu dem Momente warten, da die Leistung aus dem übrigen Vermögen des Schuldners hätte erfolgen sollen, jedoch nicht erfolgt ist, die Befriedigung aus dem Pfande ist geradezu bedingt durch das Nichteintreten der Leistung.“ (S. 91.)

Digitized by Google

Die Tragweite des neuen Begriffsmerkmales wird erst klar aus den Consequenzen, die der Verfasser daraus herleitet. Wiederholt sieht er sich zu der Entdeckung genöthigt, dass ein allgemein anerkannter Pfandrechtsfall nicht „wahres und echtes Pfandrecht" darstelle; an die Stelle des „wahren und echten Pfandrechtes" lässt er dann jedesmal ein unechtes, nebelhaftes treten, das an Leistungsfähigkeit dem echten Pfandrechte ziemlich gleich kommt und doch den grossen Vorzug bietet, den allzu eng gezogenen Umkreis des Begriffes gegen störende Instanzen zu vertheidigen.

„Wie in der Spectralanalyse durch gewisse Linien im Spectrum die stoffliche Beschaffenheit des untersuchten Körpers auf unfehlbare Weise nachgewiesen wird, so ist das Vorhandensein der Subsidiaritätsqualität ein untrügliches Zeichen für das Vorhandensein wahren und echten Pfandrechtsstoffes." (S. 295.)

Dem Subsidiaritätsprincip muss vor allem das Pfändungspfandrecht weichen. Es soll kein Pfandrecht sein, trotzdem es die österreichische Gesetzgebung — auch die neueste — als Pfandrecht gelten lassen will. Mannigfaltige und tiefgreifende Unterschiede werden angeführt.

„Das Conventionalpfandrecht schafft Sicherungsdeckung, das Pfändungspfandrecht Befriedigungsdeckung." Wie steht es mit der Execution zur Sicherstellung? Hat hier das Pfändungspfandrecht eine andere Aufgabe als das Conventionalpfandrecht, in dessen Ermangelung es im einzelnen Falle einzutreten hat (§. 376, Z. 1 E. O.)? Lässt sich die „Subsidiarität" des Pfändungspfandrechtes auch im Falle des §. 372 E. O. (Pfändung vor der Fälligkeit der Forderung) bestreiten? Oder liegt in diesem Falle wieder nicht „echtes und wahres Pfändungspfandrecht" vor?

Eine besondere Eigenthümlichkeit des Pfändungspfandrechtes soll der strafrechtliche Schutz sein. Aber das Gesetz vom 25. Mai 1883 schützt die Execution als solche; es ist nicht gerade das Pfändungspfandrecht, das den Schutz verlangt und erhält. Anderseits geniesst nach deutschem Reichsrechte (§. 289 R. St. G. B.) auch das Conventionalpfandrecht ausgiebigen strafrechtlichen Schutz gegen die sogenannte Pfandkehrung. Vgl. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechtes, S. 95 ff. Nicht unerklärlich scheint mir daher, dass „der Umstand, dass das Pfändungspfandrecht, nicht aber das Conventionalpfandrecht strafrechtlichen Schutz geniesst, — für die Unterscheidung beider bisher nicht gehörig betont" wurde (S. 38, Note 25); bedenklich wäre es nur (für die Theorie des Verfassers), wenn wirklich nichts deutlicher für die principielle Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute sprechen könnte (Demelius, a. a. O.).

Deutlicher spricht jedenfalls die Bestimmung des §. 256 E. O., die in der That eine ebenso einschneidende Differenz zwischen richterlichem und vertragsmässigem Mobiliarpfandrechte schafft, wie §. 96 E. O. zwischen vertragsmässiger und Zwangshypothek. Beiläufig bemerkt, schreibt Demelius (S. 39, Note 27) die gesetzliche Befristung des

Digitized by Google

Pfändungspfandrechtes einem gemeinsamen Beschlusse der Permanenzcommissionen beider Häuser zu und wird an dieser Meinung nicht einmal durch den Umstand irre, dass er im gemeinsamen Berichte „irgendwelche Motivirung dieser doch sicher bedeutungsvollen Norm“ nicht gefunden hat. Vermuthlich standen dem Verfasser bei der Bearbeitung dieser Partie nicht die vollständigen Materialien (oder wenigstens die Schauer'sche Gesetzausgabe) zur Verfügung.

Zu welchem Behufe Demelius, S. 40, constatirt, dass der Schuldner juristischer Besitzer der gepfändeten Sache bleibe und auch nach erfolgter Pfändung eine etwa begonnene Ersitzung vollenden könne, ist unerfindlich, da ja für das Conventionalpfandrecht ganz dasselbe gilt.

S. 42 führt der Verfasser an, dass auf das Pfändungspfandrecht der Schutz des redlichen Erwerbes (§. 456 a. b. G. B.) nicht angewendet werde, was — wenn man das Pfändungspfandrecht als wahres Pfandrecht betrachte — eine „völlig willkürliche Ausnahme“ wäre. Könnte man nicht mit gleichem Grunde leugnen, dass executiv erworbenes Eigenthum (§. 346 ff. E. O.) wahres Eigenthum sei?

Einen weiteren Unterschied zwischen richterlichem und vertragsmässigem Pfandrechte soll die Unzulässigkeit der Afterverpfändung einer executiv gepfändeten Sache bilden (S. 43). Kann die Forderung des betreibenden Gläubigers nicht sammt dem erworbenen Pfändungspfandrechte verpfändet werden? Oder kommt es darauf an, ob dem Pfändungspfandrechte ein vertragsmässiges (vgl. §. 263 E. O.) zu Grunde liegt? Ferner: die Afterverpfändung von Zwangshypotheken ist zweifellos zulässig; warum soll das richterliche Pfandrecht gerade in Ansehung beweglicher Sachen keine Belastung vertragen?

Demelius muss natürlich dem Pfändungs-Pfandgläubiger die *actio hypothecaria* absprechen (S. 44 fg.). Dafür schützt er ihn im Wege des Strafverfahrens (als würde das materielle Civilrecht für die Entscheidung im Adhäsionsprocesse nicht benöthigt) und einer die allfällige Unzulänglichkeit des strafprocessualen Schutzes supplirenden Klage, die eigentlich processrechtlicher Natur sein soll.

Uebrigens lässt sich über den Pfandrechtscharakter des Pfändungspfandrechtes immerhin streiten. Aber die Spectralanalyse liefert noch ganz andere Entdeckungen. Zum ersten Male wird jetzt die Frage aufgeworfen, ob Verpfändung für eine fällige Schuld möglich sei, und der Verfasser hat den Muth, diese Frage unter der Voraussetzung zu verneinen, „dass nicht gleichzeitig eine Stundung der Schuld, also ein Hinausschieben des Fälligkeitstermines erfolgt“. (S. 93.)

Ganz gleichgiltig ist es (Note 4), ob die Parteien das Geschäft Verpfändung nennen — es ist keine. Es wäre vielmehr am zweckmässigsten als „Anweisung von Executionsobjecten“ zu bezeichnen. Speciell pfandrechtliche Sätze finden also auf dieses Geschäft keine Anwendung. Wer sich für eine bereits fällige Schuld ein Pfand geben lässt, hat nicht die Befugniss zur Afterverpfändung; kommt die Sache

Digitized by Google

in den Besitz eines Dritten, so steht ihm keine *actio hypothecaria* zu; ist die Sache eine fremde, so schützt ihn der gute Glaube nicht.

Nicht etwa der Referent ist es, der diese Consequenzen zieht, um den Verfasser *ad absurdum* zu führen, nein, der Verfasser selbst trägt sie ganz beruhigt als geltendes österreichisches Recht vor (S. 95). Solche Opfer fordert das neue Princip der Subsidiarität! Und warum? Nun, weil der Schuldner, der nach der Fälligkeit der Schuld dem Gläubiger Mobilien zur Sicherstellung übergibt, demselben — nach Demelius (S. 93 fg.) — rechtlich keinerlei Befugniss einräumt, die der Gläubiger nicht ohnehin zufolge Ausfalles der Leistung hätte. Wie aber, wenn nach der Fälligkeit der Schuld nicht der Schuldner selbst, sondern eine dritte Person ein Pfand bestellt?

Zum Glücke ist die ganze Lehre nicht so gefährlich, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Denn da es sich dabei nur um die Wahrung eines doctrinären Principes und nicht etwa um irgend welche rechtspolitische Momente handelt, so wird schon ein Hinausschieben der Fälligkeit auf einige Stunden, ja auf Minuten als Cautel genügen. Gilt es doch nur, dem subsidiären Pfandrechte die Entstehung zu ermöglichen; dem einmal entstandenen schadet es nicht, wenn die Schuld sogleich fällig wird.

Dank dem Subsidiaritätsprincipe begegnet der Verfasser häufig Schwierigkeiten, die für die bisherige Theorie nicht existirt haben. So ist für ihn die Frage, ob für verjährte Forderungen Pfandrechte eingeräumt werden können (S. 107, Note 11), ziemlich complicirt. Verjährung setzt — so scheint der Verfasser anzunehmen — Fälligkeit voraus, Fälligkeit aber lässt schon für sich allein, ganz abgesehen von der Verjährung, kein wahres Pfandrecht aufkommen. Indessen findet es der Verfasser gerade in diesem Punkte gerathen, sein Princip unter der Hand preiszugeben. Die Forderung gewinnt also durch die Verjährung eine Eigenschaft zurück, die sie durch die Fälligkeit verloren hat: sie kann wieder pfandrechtlich sichergestellt werden.

Auch das *pignus irregulare* scheidet aus dem Gebiete des wahren Pfandrechtes aus, weil es als Anticipativdeckung der Subsidiarität ermangelt (S. 95 ff.). Gegen Pfaff's Construction dieses Rechtsverhältnisses wird S. 225 fg. eingewendet: „Pfandrecht kann man doch nur an Objecten haben, die entweder unmittelbar Vermögenswerth in sich tragen oder doch geeignet sind, solchen heranzuziehen, nicht aber an Rechten Dritter, welche, wie eine Rückzahlungsverbindlichkeit, darauf gerichtet sind, dem Pfandgläubiger Vermögenswerth zu entziehen.“ Die *quaternio terminorum* ist augenfällig. Auch Hanausek's Construction wird abgelehnt, weil in der Abrechnung keine wirkliche Compensation liege; der Cautionsbesteller habe vielmehr nur eine Forderung auf Rückzahlung des Cautionsrestes. „Die Forderungen des Cautionsempfängers sind durch den in der Caution enthaltenen Anticipativersatz bereits getilgt.“ Daraus möchte man schliessen, dass der Cautionsbesteller die Forderung, für

Digitized by Google

die seine Caution haftet, die also *anticipando* gezahlt ist, nicht mehr besonders zahlen kann, mögen auch er und der Gläubiger darüber einig sein, dass die Caution nicht angegriffen werden sollte. Dies ist jedoch nicht die Meinung des Verfassers. Vgl. die subtile Unterscheidung, S. 229, Note 157. Gegen Krainz-Pfaff wird S. 235, Note 73, behauptet, dass nicht einmal die Sicherheitsbestellung nach Art. 25 W. O. Pfandrecht begründe; auch sie habe nur den „Charakter einer Anweisung von Executionsobjecten". Gewisse pfandrechtliche Sätze sollen auf das fragliche Verhältniss keine Anwendung haben: so das Verbot der Mobiliarhypothek, denn das Geld könne nach Art. 25, Abs. 2, auch beim Sicherstellenden verbleiben. Meines Erachtens setzt Abs. 3 deutlich genug „Erlag" voraus, bleibt die Caution beim Sicherstellenden, so entsteht eben kein Pfandrecht. Dasselbe ergibt sich aber auch aus den durch Art. 25 W. O. nicht berührten privatrechtlichen Grundsätzen. Es ist eine *petitio principii*, wenn sie für unanwendbar erklärt werden und sodann gefolgert wird, das Pfandrecht des Art. 25 sei kein Pfandrecht im privatrechtlichen Sinne.

Die angeführten Consequenzen lassen die Bedeutung und die Practicabilität des Subsidiaritätsprincipes hinlänglich hervortreten. Das Princip selbst, so werthvoll es für die Construction der Bürgschaft sein mag, scheint mir beim Pfandrechte durch gar nichts nahegelegt. Eine ältere Auffassung war bekanntlich eher geneigt, die Haftung des Schuldners als die des Pfandes für subsidiär zu halten. Darauf deutet noch die Fassung der §§. 464 und 465 a. b. G. B. hin. Was beabsichtigt und (im §. 465) der Gerichtsordnung vorbehalten war, das haben uns die Materialien verrathen. Uebrigens hat die neue Executionsordnung (§. 263) die im §. 465 a. b. G. B. ausgestellte Anweisung eingelöst und mit dieser vom Verfasser nicht beachteten Bestimmung das Princip der Subsidiarität des Pfandrechtes, wie mir scheint, deutlich genug abgelehnt. Vgl. auch §. 96 E. O.

Die Thatsache allein ist zuzugeben, dass das Pfandrecht die Befriedigung des Gläubigers in der Regel nicht vor der Fälligkeit der Forderung herbeiführen kann; darin liegt natürlich nichts, was die Aufstellung des Erfordernisses der Subsidiarität rechtfertigen könnte. Anderseits ereignet es sich zuweilen (Meistbotvertheilung, Enteignung), dass der „Befriedigungsstoff" schon vor der Fälligkeit aus dem Pfandrecht gezogen und dem Gläubiger zugeführt oder wenigstens für denselben bereit gehalten wird (§. 223 E. O.).

Wo der Verfasser nicht unter dem Banne des Subsidiaritätsprincipes steht, sind seine Ausführungen meistens zu billigen, immer zu beachten. Nur Einzelheiten, die vielleicht noch näherer Begründung oder Erläuterung bedürfen, sollen im Folgenden hervorgehoben werden.

So S. 103, Note 19 die Bemerkung: „Wie steht es, wenn ich jemandem ein Darlehen zuzähle und ihm sage, er kann es mir zurückzahlen, wann er will? Hier kann ich auch nichts fordern, bin aber doch Gläubiger. Geradeso bei der sogenannten Naturalobligation."

Digitized by Google

Dann die gegen Krainz-Pfaff (I, S. 711) gerichtete Bemerkung (S. 113, Note 23): „nur kann ich den daselbst gemachten Unterschied zwischen ungewissen und künftig zu begründenden Forderungen nicht billigen, denn letztere sind ja auch ungewiss. Auch durch die von Krainz-Pfaff citirten Paragraphen des a. b. G. B. wird der Gegensatz nicht klar." Auch nicht durch Krainz-Pfaff, I, S. 128 f.?

S. 116 erklärt Demelius, dass das Afterpfandrecht (trotz §. 455 a. b. G. B.) aufhört, wenn der Afterverpfänder die geschuldete Leistung von dem verständigten Schuldner einzieht; der Afterpfandgläubiger kann nur den Schaden, den er durch die Zahlung erlitten hat, „aus der Pfandsache durch deren Realisirung erholen". Also 1. Nothwendigkeit, einen Schaden nachzuweisen, 2. „Realisirung" der Pfandsache nach Untergang des Pfand- und Afterpfandrechtes. Eine Erörterung des §. 51 Gb. G. und des §. 324 E. O. wäre hier nahe gelegen, wenn nicht der Verf. selbst bei Darstellung allgemeiner Principien jede Berücksichtigung des Hypothekenrechtes vermeiden würde.

Die Behauptung, dass das Pfand auch für die Kosten der Kündigung hafte (S. 120), dürfte für das österreichische Recht mindestens zweifelhaft sein; ganz entschieden ist aber die Ausdehnung der Haftung auf nothwendige und gar auf blos nützliche Impensen (S. 120, Note 53) abzulehnen. Das Gesetz (§. 471 a. b. G. B.) hat dem Pfandgläubiger nicht einmal das Retentionsrecht wegen Impensen gewähren wollen, und der Verf. gesteht ihm sogar das Pfandrecht selbst zu — ohne Rücksicht auf die Interessen der nachfolgenden Gläubiger! Noch gefährlicher ist die Behauptung (S. 132, Note 88), dass das Pfandrecht unter der Voraussetzung, dass der Schuldner Pfandbesteller sei, sich im Zweifel auch auf die etwa vereinbarte Vergrösserung der Forderung erstrecke. Die Schädigung der nachfolgenden Pfandgläubiger erscheint dem Verf. unbedenklich, weil mit „Rücksicht auf solche Eventualitäten die Stellung des Nachpfandgläubigers stets eine precäre" sei. Nicht nur das Princip der Subsidiarität, auch das der Accessorietät will seine Opfer haben!

Dass die Haftung eines von dritter Seite bestellten Pfandes durch spätere Rechtsgeschäfte des Schuldners nicht erweitert werde, wird S. 124 f. zugegeben und aus allgemeinen Principien abgeleitet. Aber warum glaubt Demelius in dieser Frage für das österreichische Recht „zufolge Mangels jeder gesetzlichen Bestimmung" (§. 1379 a. b. G. B.?) freie Hand zu haben? Und warum hebt er gerade den Umstand — als eine Schwierigkeit — hervor, dass das a. b. G. B. zwischen dem Schuldner-Verpfänder und dem dritten Verpfänder in keinerlei Hinsicht irgendwelchen Unterschied, was die rechtlichen Wirkungen der Pfandbestellung anbelangt, zu machen scheine? Wenn wir schon vom §. 1379 a. b. G. B. absehen dürften, spricht nicht §. 1390 ausdrücklich vom „dritten Verpfänder"?

Die Tragweite der als „auffallend" bezeichneten Ausdrucksweise des §. 1210 des deutschen Gesetzbuches hat De-

Digitized by Google

melius (S. 125, Note 64) wohl nicht erfasst. Nicht den Fall, „wo der Schuldner zwar selbst, jedoch eine fremde Sache" verpfändet, sondern den viel praktischeren des Eigenthumswechsels nach der Pfandbestellung wollte die neue Textirung treffen.

S. 130 wird aus der Regel des §. 1378 a. b. G. B. als unabweisliche Folgerung der Satz abgeleitet, dass im Falle der Novation das Pfandrecht erlösche, wenn es nicht „ausdrücklich" vorbehalten sei, „auch wenn der entgegengesetzte Wille der Parteien klar am Tage liegt". Der Verf. scheint hier (vgl. auch S. 133) eine Ausnahme von der Regel des §. 863 a. b. G. B. statuiren zu wollen.

Der S. 133, Note 90 Zeiller und indirect dem Gesetzbuche zugeschriebene Sprachgebrauch ist m. E. beiden fremd. Zeiller versteht unter „Theilnehmern" (§. 1378 a. b. G. B.) selbstverständlich auch — und zwar in erster Linie — die Hauptpersonen. Von ihnen unterscheidet er im Commentar S. 58 die fremden, S. 81 die andern Theilnehmer.

Die Frage, ob das *jus offerendi* auch beim Mobiliarpfandrechte gelte (S. 137), ist m. E. jetzt durch §. 282 E. O. in Verbindung mit §. 200, Z. 2 E. O. gelöst, und zwar nicht im Sinne des Verf. Die Materialien (Bericht des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses, S. 44) berufen sich auf die auch von Demelius S. 137, Note 90 bezogene, aber von ihm nicht gebilligte oberstgerichtliche Entscheidung. Zum mindesten hätte der Verf., wenn er an der bisher herrschenden Meinung festhalten zu müssen glaubt, die angeführten Bestimmungen der Executionsordnung nicht ganz unerwähnt und unerörtert lassen dürfen.

Unter Specialität versteht der Verf. S. 151 nicht, „dass im Momente der Verpfändung bereits feststeht, welche einzelnen, speciellen Güter seinerzeit, soferne es zur Befriedigung aus dem Pfande kommen wird, factische Deckung bieten werden, sondern dass seinerzeit bei Realisirung des Pfandrechtes kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die Deckungsobjecte sind". Eine solche Vernichtung des Specialitätsprincipes erscheint dem Verf. geboten, um seine von der herrschenden Meinung abweichende Construction der Verpfändung eines Waarenlagers zu ermöglichen.

Das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers wird in dem vorliegenden Abschnitte (Conventionalpfandrecht) S. 151 ff. gelegentlich erörtert. Der Verf. lehrt — ohne Rücksicht auf die wiederholten authentischen Interpretationen des §. 1101 a. G. B. —, dass dieses Pfandrecht nicht mit der Einbringung der Fahrnisse, sondern erst mit der „Beschlagnahme" beginne. An die Einbringung knüpfen sich nur zwei Vorwirkungen: die Priorität und das Perclusionsrecht. Da scheint nun gerade der springende Punkt nicht beachtet: die Geltendmachung des Pfandrechtes an den eingebrachten, aber noch nicht pfandweise beschriebenen Sachen im Concurse und bei der Zwangsversteigerung (§. 286, Abs. 3 E. O.). Oder geht die Meinung des Verf. gerade dahin, hier die Geltendmachung zu versagen? Dann

Digitized by Google

hätten wir wieder den Fall zu verzeichnen, dass einem Begriffsmerkmal (diesmal „Specialität") wirthschaftliche Interessen geopfert werden — noch dazu gegen den Buchstaben des Gesetzes und gegen die eigene (offenbar ältere) Meinung des Verf. auf S. 31.

Bei Erörterung des Perclusionsrechtes hätte die einzige Gesetzesstelle, die desselben dem Anscheine nach gedenkt (§. 49, Z. 5 J. N., vgl. §. 23, Z. 2 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes), vielleicht Beachtung verdient.

Während das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers noch S. 31 vielleicht subsidiär, aber entschieden nicht speciell war, ist es nach der wohl endgiltigen Auffassung auf S. 154 speciell, aber offenbar nicht subsidiär, da es ja nunmehr die Beschlagnahme (nach Fälligkeit der Forderung) voraussetzt. Infolge dessen wird es auch bezüglich dieses Pfandrechts fraglich, ob es denn wirkliches Pfandrecht sei; die Antwort bleibt der zweiten Abtheilung des Werkes vorbehalten (S. 154, Note 24).

Bei Rückstellung des Faustpfandes erlischt das Pfandrecht trotz Vorbehaltes (S. 162, Note 18). Ungeachtet des Wortlautes des §. 467 a. b. G. B. soll nach österreichischem wie nach preussischem Rechte nur der Vorbehalt des persönlichen Anspruches zulässig sein. Zeiller und Krainz-Pfaff machen an den von Demelius citirten Stellen einer solchen Auslegung nicht die geringste Concession. Beide haben nur den Fall des §. 456 a. b. G. B. im Auge. Die Frage ist aber gerade die, ob der dritte, der von dem Pfandrechtsvorbehalte Kenntniss hat, die Sache pfandfrei erwerben könne. Und diese Frage hat bis jetzt nicht existirt.

Warum Geld nicht als „veräusserlich" im gewöhnlichen und eigentlichen Sinne des Wortes bezeichnet werden kann (S. 169), verstehe ich nicht.

S. 170, Note 3 fällt die Ignorirung des richterlichen Belastungsverbotes auf, dessen absolute Wirkung ja nunmehr feststeht (§. 379, Z. 2 E. O.).

S. 180 ff. wird geleugnet, dass sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache erstrecke. „Der Umstand, dass jemandem die Sache pfandrechtlich haftet, verleiht ihm weder ein Zugriffs- noch ein Rangprivilegium hinsichtlich der Befriedigung aus den Früchten." Was für unbewegliche Sachen in dieser Richtung zu gelten hat, lässt der Verf. (S. 182, Note 35) selbstverständlich dahingestellt sein, wiewohl doch §. 457 a. b. G. B. auch diese und gewiss sogar diese in erster Linie im Auge hat; es bleibt ihm daher eine Erörterung des §. 124, Z. 3 E. O. erspart und damit zugleich die Nothwendigkeit einer Aufklärung darüber, warum eigentlich die Früchte der Orangerie so wesentlich anders behandelt werden sollen als die des Obstgartens.

Der Miethzins von beweglichen Sachen soll nicht einmal durch Vereinbarung dem Pfandnexus unterstellt werden können (S. 192). Der Verf. findet dies im §. 1372 a. b. G. B. ausgesprochen.

Digitized by Google

Als besondere Eigenthümlichkeit der Verpfändung einer Gesammtsache (also z. B. eines Waarenlagers) wird S. 199 die Nothwendigkeit hingestellt, dass die Gesammtsache zunächst im Ganzen distrahirt werden müsse; nur wenn sich für die Gesammtsache als solche kein Käufer finde, seien die einzelnen Stücke zu versteigern (S. 209, Note 101). Diese Regel mag für des Verf. „Gesammtsachen mit geschlossenem Umfange" (z. B. eine Schmuckgarnitur) zutreffen, insoferne diese trotz mangelnder physischer Verbindung der einzelnen Stücke im Verkehre und daher auch in der Zwangsversteigerung als einheitliche (zusammengesetzte) Sachen zu behandeln sind. Bezüglich des Waarenlagers (dessen die Executionsordnung im §. 275 gedenkt), bezüglich der Büchersammlung des Gelehrten etc. würde der von Demelius, mit Rücksicht auf die höhere reale Einheit des Begriffes geforderte Vorgang der Vorschrift des §. 276 E. O. entschieden widerstreiten und in der Praxis die ungünstigsten Feilbietungsergebnisse liefern.

Die Ansicht, dass bei zufälliger Vermischung nicht scheidbarer Substanzen das Pfandrecht untergehe (S. 212), erscheint für das österreichische Recht nicht unbedenklich. Vor allem ist nicht klar, warum gerade nur die casuelle Confusion diese Wirkung haben soll; freilich würde das Wunderliche des Effectes bei verschuldeter und namentlich bei vorsätzlicher Confusion besonders grell hervortreten. Wer ein Fass Wein verpfändet hat, brauchte nur ein Glas fremden Weines hineinzuschütten, um seinen Wein vom Pfandrecht zu befreien; dieses Resultates könnte er sich dann natürlich dauernd erfreuen, auch wenn er durch Abfindung des Miteigenthümers Alleineigenthümer des ganzen Weines geworden wäre. Der Verf. beruft sich übrigens hier nur auf Digestenstellen und Dernburg; die Theorie von Schey's wird nicht einmal erwähnt.

S. 236, Note 173 sucht der Verf. gegen Pfaff-Krainz, I, S. 713 nachzuweisen, dass bei Verpfändung einer Geldsumme nach theilweiser Befriedigung des Gläubigers nicht ein verhältnissmässiger Theil der Geldsumme zurückverlangt werden könne. Das hat aber Krainz gewiss nicht behaupten wollen. Was Krainz dem Verpfänder sofort gewähren will, das ist, wie sich aus der kurzen, aber einleuchtenden Begründung in Note 16 ergibt, die Hyperocha. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, dass der Betrag der sichergestellten Forderung endgiltig feststeht.

S. 242, Note 15 wäre vielleicht ersichtlich zu machen gewesen, dass nicht vom österreichischen Rechte die Rede ist, welches die dort erwähnten Feststellungsklagen nicht zulässt.

S. 251 behandelt der Verf. die Verpfändung eines *ususfructus constituendus*. Er hält sie für zulässig, käme es zur Versteigerung, so wäre „der versteigerte *ususfructus constituendus* an die Lebensdauer des Käufers geknüpft". Bei einer solchen interessanten Versteigerung könnte also der jüngere Bieter leicht den älteren aus dem Felde schlagen. Welch unheimliche Ueberraschung wäre es aber

Digitized by Google

gar für den Verpfänder, wenn der *ususfructus constituendus* von einer „Gemeinde oder anderen moralischen Person" ersteigert würde!

Der Verf. hält die Versteigerung eines Fruchtgenussrechtes für zulässig, arg. §. 332 E. O. Diese Gesetzesbestimmung setzt ausdrücklich ein „veräusserliches Recht" voraus (vgl. die ursprüngliche Fassung des §. 340 E. O.). Für ein solches scheint Demelius das Fruchtgenussrecht zu halten. Den Satz, dass das Fruchtgenussrecht nur der Ausübung nach Gegenstand des Pfandrechtes sei, betrachtet er thatsächlich nur als „die keineswegs ganz glückliche Bezeichnung für den selbstverständlichen Satz, dass für die Endigung des verpfändeten Fruchtgenussrechtes trotz dessen Verpfändung die Lebenszeit des verpfändenden Usufructuars massgebend bleibt".

Bei den Erörterungen über die Form der Verpfändung von Forderungen (S. 264 ff.) wäre es vielleicht angezeigt gewesen zu erwägen, ob nicht an die Stelle der hergebrachten Unterscheidung zwischen „verbrieften" und „unverbrieften" Forderungen gegenwärtig eine mehr das Wesen der Sache (die Function des Papieres) treffende (§. 296 E. O.) gesetzt werden könnte und ob sich nicht schon aus §. 296 E. O. Bedenken gegen die Ansicht ergeben, dass auch zur Verpfändung „verbriefter" Forderungen (z. B. Wechselforderungen?) die blosse Denuntiation genüge.

S. 268 f. wird die Frage gestreift, ob der Forderungspfandgläubiger an dem beigetriebenen Objecte ein Pfandrecht erlange. Hier wird — wie so oft — angedeutet, dass kein wahres Pfandrecht (vgl. §. 297 E. O.), sondern „ein dem Pfändungspfandrecht ähnliches Recht" entstehe.

Das Pfandrecht an Rechten (§. 13) lehnt der Verf. ab; die Frage erledigt sich sehr einfach mit der Erkenntniss, dass das Pfandrecht (auch das an körperlichen Sachen) überhaupt keinen Gegenstand im sachenrechtlichen Sinne habe (S. 245). An Stelle des Afterpfandrechtes tritt (S. 278) „ein qualificirtes Forderungspfandrecht, dessen Qualification in erhöhter Sicherheit für den Pfandgläubiger besteht". Die Verpfändbarkeit der „sogenannten absoluten Rechte" wird S. 308 f. ohne Bezugnahme auf die einschlägigen Bestimmungen der Gesetze über Urheber- und Patentrecht im Allgemeinen erörtert und sogar die Verpfändung von „gewerblichen Unternehmungen, Fabriksetablissements und Handelsbetrieben" für zulässig gehalten.

Wird ein Object für mehrere Forderungen desselben Gläubigers verpfändet, so soll es (S. 313) dem Parteiwillen entsprechen, als Object jedes der hiedurch entstehenden Pfandrechte einen ideellen Theil der Pfandsache anzusehen, dessen Grösse sich nach dem Verhältnisse des Betrages der einzelnen Forderung zum Gesammtbetrage sämmtlicher Forderungen bestimmt. Ein solcher Parteiwille ist m. E. möglich, aber auf Seite eines einigermassen umsichtigen Pfandgläubigers sehr schwer vorauszusetzen.

Bei den Erörterungen über die sogenannte Anticipativverpfändung, welche vom österreichischen a. b. G. B. völlig ignorirt wird (S. 333),

Digitized by Google

hätte vielleicht auch eine blos das Conventionalpfandrecht erörternde Darstellung Veranlassung gehabt, die Tragweite des §. 822 a. b. G. B. zu untersuchen.

Die den Schluss der vorliegenden ersten Abtheilung (nicht auch des ersten Abschnittes des Systems) bildenden Ausführungen über die §§. 367, 456 und 824 a. b. G. B. sind als besonders werthvolle Beiträge zur Auslegung dieser schwierigen Gesetzesbestimmungen zu begrüssen.

Referent hat es für seine Pflicht gehalten, mehr das hervorzuheben, was ihm zweifelhaft und bedenklich, als was ihm wohl gelungen erschien. Denn die Vorzüge des Buches sprechen für sich selbst; eine glänzende Darstellung lässt sie hervortreten und reisst uns mit kräftigem Schwunge nur allzu leicht über Stellen hinweg, wo dem Boden die nöthige Tragfähigkeit fehlt.

Ein abschliessendes Urtheil ist derzeit selbstverständlich unmöglich. Gewiss ist, dass das vorliegende Buch hinlängliche Veranlassung gibt, der Vollendung des Werkes, das eine so fühlbare Lücke in unserer civilrechtlichen Literatur auszufüllen berufen ist, mit den grössten Erwartungen entgegenzusehen.

Dr. Armin Ehrenzweig.

---

3. Civilrechtliche Literatur in Griechenland.

Insbesondere mit Bezug auf: Σύστημα Ἀστικοῦ Δικαίου ὑπό Ἀλκιβιάδου Χ. Κρασσᾶ. Τόμος Πρῶτος. Γενικαί Διδασκαλίαι. (System eines Civilrechtes von Alkibiades Krassas [Professor an der Universität Athen]. Erster Band. Allgemeine Lehren.) Verlag von A. Konstantinides. Athen 1897. S. α—κβ! und 1—621.

Ueber die Geltung des römischen Rechtes als Civilrecht in Griechenland brauchen wir nicht ausführlich hier zu handeln. Maurer[1]) und Geib[2]) haben seit den ersten Jahren der Wiedergeburt des griechischen Staates dafür genaue Berichte gegeben. Einige Zeilen aber wären vielleicht auch hier nothwendig.

Die türkische Herrschaft vermochte nicht, die Geltung des byzantinischen oder spät-römischen Rechtes zu beeinflussen, weil die Jurisdiction der griechischen Kirche — eine absolute in Ehe- und Vormundschaftssachen, subsidiäre in allen übrigen des Privatrechtes — seine, des byzantinischen Rechtes, Anwendung bewahrt hat. Die Subsidiarität der kirchlichen Jurisdiction bestand darin, dass die Christen durch Vereinbarung die Erledigung ihrer Streitigkeiten vor kirchlich-nationale Gerichte, welche in jeder grösseren Stadt unter Vorsitz der Bischöfe und Betheiligung der Primaten (vornehmen Bürger)

---

[1]) Das griechische Volk. Heidelberg 1835, 3 Bde.

[2]) Darstellung des Rechtszustandes in Griechenland während der türkischen Herrschaft und bis zur Ankunft des Königs Otto I. Heidelberg 1835.

Digitized by Google

bestanden, unter Ausschluss der türkischen Jurisdiction bringen konnten. Diese Gerichte functionirten auch während des Bestandes des byzantinischen Reiches mehrfach. [3]) Die grössere Sicherheit der Rechtspflege bei diesen Gerichten, der Hass gegen die Türken und die Zuversicht, dass ihre Herrschaft nur eine temporäre wäre, hat dazu beigetragen, dass die Christen sich vollständig der türkischen Jurisdiction enthielten. Es kam sogar oft vor, dass selbst die Türken in ihren Streitigkeiten mit den Christen die griechischen Gerichte den eigenen vorzogen.

Diese kirchlich-nationalen Gerichte wendeten freilich ihre eigenen Gesetze, das byzantinische Recht, an. Die Quellen, von denen sie das Recht ableiteten, waren hauptsächlich kleine Sammlungen der Commentatoren der späteren byzantinischen Zeit und vorzugsweise die bekannte Exabibel von Harmenopulus. Die Basiliken waren damals sehr selten und ihre Auflagen sehr lückenhaft.

Die griechischen Nationalversammlungen haben in Griechenland während der Zeit des Freiheitskrieges die Geltung des byzantinischen Rechts anerkannt, was auch der später organisirte griechische Staat bestätigt hat. Als letzte Bestimmung können wir das Gesetz vom 23. Februar 1835 [4]) erwähnen, welches verordnet, dass die Gesetze der byzantinischen Kaiser, welche in der Exabibel von Harmenopulus enthalten sind, als Civilgesetz Griechenlands gelten sollen. Allein diese Exabibel ist eine sehr mangelhafte Sammlung. Ueber viele Gegenstände enthält sie keine Bestimmung, sie ist voll von Widersprüchen und historischen Ungenauigkeiten, kurz, sie entspricht den Bedürfnissen des Civilrechtes nicht. — So nothgedrungen ist die Auslegung festgestellt: dass die Exabibel nur die unmittelbare Quelle des Civilrechtes in Griechenland ist, der Richter jedoch ist keineswegs verhindert, sich an die Quellen, von denen Harmenopulus seine Sammlung abgeleitet hat, seine Zuflucht zu nehmen, um die Lücken der Exabibel zu füllen und sogar das Unrichtige zu corrigiren. Deshalb gelten in Griechenland neben der Exabibel alle diejenigen Gesetze der Byzantiner, welche das Privatrecht betreffen, insbesondere die Basiliken. Letztere sind, wie bekannt, fast eine Paraphrase des *Corpus juris civilis*, daher beruht unser Civilrecht auf derselben Hauptgrundlage wie das gemeine Recht in Deutschland.

Die griechischen Juristen, die als Schriftsteller und Lehrer das Civilrecht bei uns gepflegt haben, sind fast ausnahmslos nach Deutschland gekommen und haben in den hiesigen Universitäten ihre Studien gemacht oder vervollkommnet. Naturgemäss war die Beeinflussung der deutschen Wissenschaft und Praxis eine solche, dass man behaupten kann, dass die Bearbeitung des römischen Rechts in Deutschland auch in Griechenland Geltung hat. — Eine Meinung von Savigny, Windscheid, Pernice, Dernburg, Regelsberger und sonstiger

[3]) Vgl. Zachariä v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts. 3. Aufl. 1892, §. 92, S. 381.

[4]) Sämmtliche angegebene Daten sind alten Stils.

Digitized by Google

bekannter deutscher Romanisten, sowie der griechischen Schriftsteller, die auf Grund der deutschen Wissenschaft geschrieben haben, beeinflusst öfters die griechischen Gerichte bedeutend mehr als die Scholien der Byzantiner.

Die Gesetze, welche das byzantinische Recht bei uns anerkannt haben, betonen zwar, dass seine Geltung nur eine provisorische bis zur Einführung eines bürgerlichen Gesetzbuches ist. Allein trotz dieser Bestimmungen und der Bildung von verschiedenen Commissionen und Entwürfen, sind nur einige Gesetze erlassen, welche Theile des Civilrechts betreffen, von denen die wichtigsten weiter unten citirt sind. — In den Jonischen Inseln, welche bis 1863 einen besonderen Staat unter Englands Protectorat bildeten und damals an Griechenland abgetreten sind, ist das Civilrecht codificirt auf Grund des napoleonischen *Code civil*.

Dass wir in Griechenland im Allgemeinen kein bürgerliches Gesetzbuch besitzen, kann nur als eine Wohlthat für die Entwicklung der Rechtswissenschaft bei uns betrachtet werden. Referent ist zwar nicht der Ansicht, dass die Codificationen das letzte Wort der Rechtsentwicklung bilden, und dass sie die weitere wissenschaftliche Ausbildung beschränken. Wir meinen vielmehr, dass trotz der Codificationen die Bearbeitung des Rechts freie Bahnen hat. Wenn es sich aber um kleine Staaten, wie Griechenland, handelt, würde, falls man sich mit der Einführung eines bürgerlichen Gesetzbuches zu sehr beeilte, dies sehr nachtheilig für die Wissenschaft wirken können. Wenn Griechenland vorzeitig das Civilrecht codificirt hätte, würde es sicherlich nicht in der Lage gewesen sein, dasselbe selbständig und auf einheimischem Boden vorzunehmen. Wir hätten irgend ein fremdes Gesetzbuch, vielleicht mit mehr verwirrenden als verbessernden Veränderungen adoptirt, und aller Wahrscheinlichkeit nach wäre es der *Code civil*. Das würde aber die griechische juristische Wissenschaft begraben, denn da wir nicht den Franzosen vorangehen, sogar nicht mit ihnen zusammentreten könnten, wären wir nur Abschreiber ihrer Werke. Das Beispiel von Rumänien, welches gleiches Alter cultureller Entwicklung mit uns hat und gewissermassen in dem Fortschritt parallel geht, ist ein lehrreiches. Daselbst galt auch das byzantinische Recht, theilweise codificirt durch einheimische Gesetze, insbesondere des zweiten Jahrzehntes dieses Jahrhunderts; seit 1865 ist der *Code civil* eingeführt. Ueber das Resultat und den Einfluss, welchen diese Einführung auf die Wissenschaft gehabt hat, berichtet neulich der Vorsitzende des Cassationshofes in Bukarest Dr. Moundrea[5]): „Eine selbständige rumänische Literatur vermochte sich nicht zu entwickeln.“ Die rumänischen Schriftsteller des Civilrechts sind Nachahmer und öfters ohne weitere Prüfung Abschreiber der französischen Commentatoren. Von Griechenland können wir glücklicherweise nicht

[5]) Vgl. Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirthschaftslehre zu Berlin. II. Jahrg. 1897, S. 462 ff.

Digitized by Google

dasselbe sagen. Es liegt weit von uns die Absicht zu leugnen, dass unsere Schriftsteller viel von den deutschen Ideen beeinflusst werden, vielmehr haben wir es schon besonders hervorgehoben, allein die griechischen Civilisten haben auch viel Selbständiges geschaffen. Die wissenschaftliche Entwickelung des römischen Rechts in den letzten siebzig Jahren in Deutschland war eine solche, dass Jedem freie Bahn und eigene Initiative gelassen wurde. Die griechischen Civilisten sind nicht blos Nachahmer und Abschreiber der deutschen Rechtslehrer, sondern auch selbständige Mitarbeiter und Mitforscher; eine jede neue Theorie der deutschen Wissenschaft wurde von denselben selbstständig geprüft. Sie haben wissenschaftliche Werke verfasst, welche auch in Deutschland, wenn sie deutsch geschrieben wären, hätten Anerkennung finden können. — Von den deutschen Pandektenschriften sind in's Griechische übersetzt ausser dem zur Zeit unentbehrlichen Lehrbuche von Mackeldey noch das Lehrbuch von Arndts und die allgemeinen Lehren der Windscheid'schen Pandekten. Die übrige Literatur besteht aus Werken von Griechen, deren Thätigkeit umso schwieriger war, als das juristische Publicum bei uns natürlicherweise kein zahlreiches ist. Juristische Bücher können nur eine begrenzte Anzahl von Lesern haben. Dieser Umstand hindert besonders die monographische Behandlung der Rechtslehren, welche hauptsächlich die Wissenschaft fördert. Aus gleichem Grunde kann in Griechenland von Handbüchern, Lehrbüchern, Commentaren und sonstigen Schriften, sowie ihrer Unterscheidung, keine Rede sein. In Griechenland muss der Rechtsschriftsteller, und besonders wenn er einen Lehrstuhl inne hat, vor Augen haben sowohl den Anfänger, jungen Studenten, als auch den alten erfahrenen Praktiker; ebenso die wissenschaftliche Forschung und Behandlung der Fragen, sowie die praktische Erörterung und Anwendung des Stoffes. Daher liegt es auf der Hand, wie sehr die Arbeit des Schriftstellers erschwert wird.

* * *

Allein die monographische Literatur fehlt nicht ganz bei uns. Unsere civilrechtliche Wissenschaft hat eine genügende Anzahl von Monographien aufzuweisen. Eine Preisbewerbung, die von einem Vermächtniss des Juristen Sgoutas zur Bearbeitung von Fragen des byzantinischen und römischen Rechts besteht, hat zur Verfassung der besten der griechischen civilrechtlichen Monographien beigetragen. Die Lehren über das Erbrecht der Geistlichen und Mönche, über *Donatio propter nuptias* und über *Dos* haben mehrere Bearbeitungen und Darstellungen gefunden. So sind über das erste Thema zwei Werke publicirt von Dr. A. Momferrato und von Dr. D. Borré; über *Donatio propter nuptias* drei, von denselben Momferrato und Borré und von Dr. N. Pharmakopoulo. In allen beiden Fällen haben die Werke von Momferrato den Vorzug erhalten. Der Verfasser derselben ist ein angesehener Athener Rechtsanwalt, welcher auch durch andere kleinere Werke, besonders

Digitized by Google

im Gebiete des byzantinischen Rechts, der griechischen Rechtswissenschaft bedeutende Verdienste geleistet hat, und mit Recht wird er zu den bedeutenderen griechischen Juristen gezählt. Aber auch die oben erwähnten Werke von Borré und Pharmakopoulo beruhen auf selbständiger Quellenforschung und sind mit grossem Fleisse verfasst. — Bei der dritten Preisbewerbung war die Frage beschränkt auf „Das Schicksal der *dos* nach der Auflösung der Ehe". Auf dies Thema beschränken sich die beiden belobten Arbeiten von Dr. L. Roilos und von Dr. K. Raktiwan. Der erste war damals Landrichter, jetzt ist er Appellationsrichter; der zweite ist Rechtsanwalt in Athen, nachdem er einige Jahre als Landrichter angestellt war. Die juristische Facultät in Athen als Preisrichter hat ein günstiges Urtheil für beide Arbeiten abgegeben. Insbesondere das Werk von Raktiwan enthält eine gründliche Bearbeitung der byzantinischen Quellen. — Als preisgekrönte Schrift in dieser Preisbewerbung ist die des jetzigen Professors des römischen Rechts in Athen Dr. K. Polygenes zu erwähnen. Er hat sich nicht auf das gesetzte Thema beschränkt, sondern das ganze Dotalrecht in einer zweibändigen Arbeit behandelt; davon wurde nur der zweite Band von dem Preisrichtercollegium berücksichtigt. Diese Schrift ist die vollkommenste und angesehenste civilrechtliche Monographie, die in Griechenland erschienen ist. Polygenes, der nach glänzenden Studien in Athen längere Zeit auf deutschen Universitäten studirt hat und einer der beliebtesten Schüler von Ihering und Windscheid war, zeigt in seinem Werke umfassende Kenntnisse, verbunden mit grosser Befähigung bei der Behandlung auch der schwierigsten Rechtsfragen. Mehrere Irrthümer, welche hinsichtlich des Dotalrechts in Griechenland gelten, wurden von dem Verfasser mit Erfolg bekämpft. Das Ansehen und die Bedeutung der Schrift war eine solche, dass Polygenes noch in ganz jungem Alter die Würde eines ordentlichen Professors an der Athener Universität erlangt hat, in welcher Thätigkeit er für die Zukunft viel verspricht. — Eine andere Schrift desselben Verfassers betrifft die Lehre „Ueber Verbot der Schenkungen zwischen den Ehegatten".

Eine genaue Angabe der sonstigen civilrechtlichen Monographien, die in Griechenland erschienen sind, würde uns zu weit führen. Daher beschränken wir uns darauf, die angesehensten der allerletzten Jahre zu erwähnen. — Als solche kommen vor allen in Betracht zwei, verfasst von dem Athener Rechtsanwalt Dr. J. Euklides, über „Die Mutter als Vormund" und „Ueber Aufhebung des Verkaufs wegen *laesio enormis*". — Privatdocent Dr. H. Liakopoulos, der auch die Justinianischen Pandekten und Institutionen in die griechische Sprache übersetzt hat, verfasste noch zwei andere Werke. Eins davon ist eine Monographie „Ueber Kauf"; das andere erwähnen wir gelegentlich hier, obgleich es keine Monographie ist. Dieses Werk heisst „Propädeutik des Civilrechtes", von welchem nur der erste Band erschienen ist — Das Justinianische Recht. — Das Buch bezweckt eine

Digitized by Google

Vorschulung und Einführung in das Studium des Civilrechtes. — Privatdocent Dr. K. Rhallis hat eine Monographie über Adoption geschrieben; darüber hat Rechtsanwalt Dr. N. Demetrakopoulo eine umfassende Recension veröffentlicht. Derselbe Demetrakopoulo hat durch mehrere andere Arbeiten bewiesen, dass er die Befähigung besitzt, in sehr gelungener Weise das Privatrecht zu behandeln. Von seinen Arbeiten heben wir hervor: „Kleine Bemerkungen über das in Griechenland geltende Civilrecht" von dem die erste Lieferung vor drei Jahren erschienen ist. — Raktiwan hat ausser seinem oben erwähnten Werke noch „Ueber die vorbereitenden Contracte" geschrieben. Wir erwähnen ferner die Monographien der Privatdocenten Dr. Kalisperis über „Die väterliche Gewalt bei den Römern", Dr. Pharantatos über „*Querella inof. testamenti*" und Dr. Oekonomides über „*Justa causa traditionis*". — Rechtsanwalt Dr. Deligeorges beschäftigt sich in einer Monographie „Ueber die rechtliche Verpflichtung der ehelichen Ascendenten und Descendenten zur gegenseitigen Alimentation". — Der frühere Vorsitzende des Appellationshofes in Korfu M. Hydromenos hat ausser einigen sehr guten Arbeiten, welche das Privatrecht der jonischen Insel betreffen, auch die Frage „Ueber die gemischten Ehen in Griechenland" in einer Monographie behandelt. Letztes Jahr ist von Papaeustratiu eine Abhandlung „Ueber die Verjährung der Klagen gegen den Fiscus" veröffentlicht worden.

* * *

In der systematischen Bearbeitung des Civilrechtes haben wir vier Schriftsteller zu erwähnen: Kalligas, Paparrigopulos, Oekonomides und Krassas. — Die Geschichte und die Institutionen des römischen Rechtes haben einen Bearbeiter in der Person des Professors des römischen Rechtes Dr. N. Demaras gefunden, welcher eine diesbezügliche zweibändige Schrift veröffentlicht hat. Das Werk von Demaras erfreut sich einer so guten Aufnahme, dass es, vor kaum fünfzehn Jahren erschienen, schon jetzt die dritte Auflage zählt, was ausserordentlich für griechische Verhältnisse ist.

Kalligas und Paparrigopulos haben umfassende systematische Schriften von mehreren Bänden und Auflagen verfasst. — Kalligas war lange Jahre Professor der Rechte, nachher Abgeordneter, Finanzminister, Vorsitzender der griechischen Kammer und endlich Director des ersten griechischen Finanzinstitutes, unserer Nationalbank, in welcher Stellung er bis zu seinem vor einigen Monaten erfolgten Tode blieb. — Er ist ein bedeutender Geist gewesen. Als Jurist, als Redner, als Politiker, als Finanzmann und auch noch als Historiker der byzantinischen Zeit hat er so viel geleistet, dass sein Name auch bei mehreren folgenden Generationen unvergesslich bleiben wird. Seine juristischen Schriften sind Erzeugnisse einer schöpferischen, bis an die tiefste Tiefe jeder Lehre sich ausdehnenden Arbeit. Er ist zweifellos unser originellster Jurist gewesen; Kenner bis auf die

Digitized by Google

kleinsten Einzelheiten der byzantinischen Geschichte und des byzantinischen Rechtes, konnte er die neuen Theorien so vortrefflich dem Civilrechte in seiner in Griechenland geltenden Gestalt anpassen dass man bei seinen Schriften mit voller Sicherheit in jeder Frage die tiefste Erörterung aller Quellen in Zusammenhang mit den vollkommensten wissenschaftlichen Grundlagen derselben finden kann. Wenn einerseits Kalligas in seinen Ideen und Forschungen durchaus gründlich war, so war auch seine Ausdrucksweise eine kurzgefasste und recht gedrängte, was das Studium seiner Schriften sehr erschwert. — Als sein bestes Werk gilt das Obligationenrecht (3. Auflage, 1885), es dürfte vielleicht die wichtigste der griechischen juristischen Schriften sein, ein wahres Muster aller höchsten Tugenden, mit welchen Kalligas als Jurist versehen war.

Paparrigopulos, welcher bis zu seinem im Jahre 1891 erfolgten Tode über 40 Jahre Professor der Rechte war, hat in derselben Weise wie Kalligas das ganze System des Civilrechtes bearbeitet. Sein System ist das ausführlichste, was wir in Griechenland über Civilrecht besitzen. Er war sehr viel von der historischen Schule und besonders von Savigny beeinflusst. Die Behandlung des Stoffes geschieht bei ihm in einer dem Leser sehr angenehmen Breite. Die Controversen sind erörtert unter der möglichsten Auseinandersetzung der ganzen Polemik. Als sein bestes Werk gilt das Sachenrecht, welches bald nach seinem Tode in zweiter Auflage von seinem Neffen, dem bedeutenden, schon oben erwähnten Juristen Dr. J. Euklides, herausgegeben ist.

Oekonomides, der hauptsächlich Processualist war, lehrte während langer Zeit als Professor das Civilprocessrecht und verfasste unsere einzige Schrift über Civilprocess (1890 in 5. Auflage).[6]) Im vorgerückten Alter begann er über Civilrecht zu schreiben. Er hat die allgemeinen Lehren, das Sachenrecht (beide Werke sind in 2. Auflage erschienen) und eine kleine Lieferung des Obligationenrechtes verfasst. Die Schriften von Oekonomides charakterisiren sich durch grossen Scharfsinn und methodische Behandlung; sie sind in Griechenland sehr beliebt, besonders für die studirende Jugend geeignet, welche an Oekonomides einen sehr werthvollen und scharfsinnigen Leiter in das Studium der juristischen Wissenschaft gefunden hat.

* * *

Der vierte unserer Schriftsteller des Civilrechtes ist der allein noch am Leben befindliche Verfasser des oben am Anfang citirten neuen Werkes, Prof. Dr. A. Krassas, welcher, nachdem er als Sectionschef im Justizministerium und Appellationsrichter in Athen thätig war, zum ordentlichen Professor an der Athener Universität berufen wurde und als solcher über 18 Jahre das Recht lehrt. —

---

[6]) Ueber Oekonomides als Processualist vgl. Basiliu in Ἐφημερὶς τῆς Ἑλληνικῆς καὶ Γαλλικῆς Νομολογίας, von Balanos, Athen, 1893. Bd. XIII, S. 571 ff.

Digitized by Google

Als Schriftsteller trat Krassas mit dem Jahre 1868 hervor, als er die erste Lieferung seines Systems über das in Griechenland geltende römische Erbrecht veröffentlichte. Dieses Werk von Krassas ist vor mehreren Jahren in dritter Auflage erschienen. Im Jahre 1889 veröffentlichte er das Familienrecht, welches bereits vor drei Jahren die zweite Auflage erlebt hat. — Die Schriften von Krassas sind mit grossem Fleisse und sehr gewissenhaft bearbeitet. Eine klare Darstellung der Ideen, eine gründliche Erforschung der Quellen und vor Allem grosse Aufmerksamkeit und Befähigung in der Verbindung der wissenschaftlichen Schlüsse mit dem in Griechenland geltenden Privatrechte kennzeichnen die Werke von Krassas.

Paparrigopulos' Urtheil über das im Jahre 1889 erschienene Familienrecht war, dass dasselbe die bis dahin herausgegebenen Werke gleichen Inhalts in Schatten setze. Dies Urtheil hat um so grösseren Werth, als Paparrigopulos selbst, wie erwähnt, ein Werk über denselben Gegenstand geschrieben hat. Er würde aller Wahrscheinlichkeit nach über das neue Werk von Krassas dasselbe günstige Urtheil abgegeben haben, wenn er heute noch lebte.

* * *

Wie im Vorworte der Verfasser sagt, „beabsichtigte er anfangs, ein leichtverständliches und kurzgefasstes Werk zu schreiben. Allein bei der Behandlung der allgemeinen Lehren hat er zu einer ausführlichen Darstellung und Analyse schreiten müssen, weil sie den wichtigsten Theil des Systems bilden und sie infolge der in den zwei letzten Jahrzehnten über Recht und Rechte erschienenen Arbeiten der Neueren auf ganz neuen Grundlagen beruhen.“ Es ist nicht zweifelhaft, dass derjenige, der vor einigen Jahrzehnten über den allgemeinen Theil des Privatrechtes schreiben wollte, kaum die Hälfte des Stoffes zu bewältigen hatte als der heutige Verfasser, der eine Masse von Werken zu berücksichtigen hat, welche den meisten Institutionen des allgemeinen Theiles eine ganz neue Erscheinung gegeben haben.

In der Einleitung wird zuerst die Reception des Civilrechtes der Römer in Griechenland behandelt. Leider prüft Verfasser gar nicht das Verhältniss des römischen Rechtes zu dem alten Griechenthum. Er stellt einfach fest, dass das römische Recht ein fremdes gesetzgeberisches Gebäude ist, unter dessen Dach Griechenland seine Zuflucht genommen hat, bis es aus eigenem Gewissen und seinen Bedürfnissen gemäss eine Gesetzgebung fertig stellen wird. Das mag aber nur bis zu einem gewissen Punkte richtig sein. Dass aber das römische Recht etwas ganz Fremdes dem griechischen Volke wie dem deutschen ist, und dass wir in Griechenland in dem Sinne über eine Reception wie in Deutschland reden können, darin kann Referent dem Verfasser nicht beistimmen. Es ist wahr, dass auch die übrigen Schriftsteller des Civilrechtes beinahe dieselbe Meinung aussprechen und dieselbe Anschauung wie Krassas haben; allein die in den

Digitized by Google

letzten Jahren entdeckten, beziehungsweise dem Drucke übergebenen Quellen griechischen Rechtes, besonders die darüber gemachten wissenschaftlichen Bearbeitungen, haben auf die Herkunft des römischen Rechtes und seine Beziehung zum griechischen ein ganz anderes Licht geworfen; daher ist die Frage keine rein historische, sondern lediglich eine dogmengeschichtliche. Es gehört hieher in erster Linie das bahnbrechende und so viel Aufsehen erregende Werk von Mitteis: „Reichsrecht und Volksrecht", wo bewiesen wird, dass ganze Institute des römischen Rechtes griechischen Ursprunges sind. Deshalb meint Referent, dass die diesbezügliche Frage ihre Behandlung in der Einleitung über die Geltung des römischen Rechtes in Griechenland finden sollte. Vielleicht wird sich Verfasser in dem speciellen Theil damit beschäftigen, besonders bei einer neueren Auflage seines Familienrechtes, wohin mehrere der von Mitteis erforschten Lehren gehören. Solche Arbeiten wie die des Wiener Professors sind schon aus nationalen Rücksichten für uns werthvoll, und wir müssen dieselben so viel als möglich benutzen.

In der Einleitung sind auch die wenigen Gesetze des neuen griechischen Staates citirt, welche einige Theile des Privatrechtes betreffen. Sie sind: 1. Gesetz vom 11. Februar 1830 über Testamente[7]); 2. Hypothekengesetz vom 11. August 1836; 3. Pfandgesetz vom 1. December 1836; 4. Gesetz über Unterscheidung der Güter vom 21. Juni 1837; 5. Gesetz vom 28. October 1856, enthaltend 94 Artikel des bürgerlichen Gesetzbuches (über Publication der Resultate und der Anwendung der Gesetze im Allgemeinen und über Personen) 6. Gesetz vom 29. October 1856 über Eintragung der Immobilien in Grundbüchern; 7. Gesetz vom 17. August 1861, enthaltend andere 137 Artikel des bürgerlichen Gesetzbuches (über Unmündigkeit, Vormundschaft, Emancipation u. s. w.); 8. Gesetz vom 15. October 1861 über gemischte Ehen; 9. Gesetz vom 26. Juni 1877 über Verzug des Fiscus und über Verjährung der Klagen gegen ihn; 10. Gesetz vom 22. Mai 1882 über Verzugszinsen, und 11. Gesetz vom 26. Juli 1885 über Verbot der Vindication der Inhaberpapiere und Actien.

Nach der Einleitung wird das Buch in vier Theile getheilt, deren erster (S. 33—210) über Recht und Rechte im Allgemeinen handelt, der zweite (S. 211—298) über Subject der Rechte, der dritte (S. 299—380) über Sachen und endlich der vierte (S. 381 bis 621) über Entstehung, Veränderung und Untergang der Rechte. Wir bemerken hier, dass die ersten zwei Theile in einer besonderen Lieferung seit 1895 erschienen sind.

Im ersten Capitel des ersten Theiles handelt es sich um das Recht im objectiven Sinne, 150 Seiten, den vierten Theil des ganzen Buches, etwa das Doppelte des Raumes, welchen gewöhnlich die Be-

[7]) Ueber dieses Gesetz vgl. Maurer, Griechisches Volk, Bd. I, S. 582 und Bd. III, S. 170 f. (der Text). Auch Geib, Rechtszustand in Griechenland. S. 157 f.

Digitized by Google

handlung dieser Lehre in den deutschen Schriften gleichen Inhaltes einnimmt. Allein diese ausführliche Darstellung war eine absolute Nothwendigkeit für den Verfasser, einmal weil er über die Entstehung des positiven Rechtes auf Grund des in Griechenland geltenden öffentlichen Rechtes sehr eingehend handeln sollte, und sodann musste er alle Fragen des internationalen Privatrechtes berühren, worüber es keine entsprechenden Bücher bei uns gibt.

Als Begriff des Rechtes wird nur der abstracte gegeben, der von Rousseau und Hegel, des allgemeinen Willens. Der materielle Sinn des Rechtes wird in der dem Begriffe vorangehenden Darstellung berücksichtigt.

Ueber das Verhältniss des Gewohnheitsrechtes meint Verfasser wie Savigny, dass die Vereinigung des Widerspruches zwischen c. 2 Cod. (8, 53) und den anderen Pandektenstellen in der Erklärung zu suchen ist, dass die Constitutio nur particuläres Gewohnheitsrecht meint. Allerdings hat diese Frage bei uns keine praktische Bedeutung mehr, denn das Gesetz vom 23. Februar 1835, über die Geltung des byzantinischen Rechtes entscheidet auch vorliegende Frage; es bestimmt nämlich, dass das durch die Uebung und die Gerichtspraxis festgestellte und anerkannte Gewohnheitsrecht den in der Exabibel von Harmenopulus enthaltenen Verordnungen vorzuziehen ist. Wir werden die Schlüsse aufführen, welche Krassas aus diesem Gesetz ableitet, weil das Gewohnheitsrecht eine besondere Art der Geltung in Griechenland hat. Das römische Recht nämlich hat subsidiäre Geltung, so lange Gewohnheiten bis zur Einführung des genannten Gesetzes nicht entgegenstehen, bezüglich der Gesetze aber, die nach dem 23. Februar 1835 erlassen sind, haben die Gewohnheiten keine Geltung. Verfasser fügt noch hinzu, und das wird bei uns vielfach vertheidigt, dass nur die bis 1835 geltenden Gewohnheiten von dem Gesetze anerkannt sind, und dass die später entwickelten nicht dem römischen Rechte vorzuziehen sind. — Allein, diese Auslegung ist unseres Erachtens nicht die beste. Die Entstehung des Gewohnheitsrechtes ist eine normale Erscheinung und braucht deswegen nicht durch besondere Gesetzbestimmungen gestattet zu werden. Nur wenn ein gesetzliches Verbot besteht, kann Gewohnheitsrecht nicht entstehen. Bei uns aber gilt ein solches Verbot nur hinsichtlich der neuen griechischen Gesetze und nirgends dem römischen Rechte gegenüber, welches kein Gesetz im Sinne des Art. 2 des bürgerlichen Gesetzbuches ist. Vom Gesetz von 1835 kann man ein solches Verbot unseres Erachtens auf keinen Fall ableiten. Und wenn wir ihn in dem Sinne auslegen wollen, dass es nur die bis dahin geltenden Gewohnheiten anerkannt hat, was uns höchst zweifelhaft wegen des unbegrenzten Ausdruckes des Gesetzes erscheint, auch dann sollen wir in Ermangelung jedes Verbotes annehmen, dass Gewohnheiten auch heute in Griechenland entstehen können, sofern sie nicht den neuen Gesetzen widersprechen.

Verfasser nimmt ferner an, dass der Richter nur dann ein Gewohnheitsrecht berücksichtigen und anwenden darf, wenn dasselbe

Digitized by Google

von einer der Parteien vorgeschlagen und bewiesen wird, wie bei einer jeden Thatsache überhaupt. Diese Auffassung, welche auch in Deutschland seit der Glossatorenzeit gemeine Meinung war, ist noch ein verbreiteter Irrthum in Griechenland. Die Bekämpfung der Theorie ist bekanntlich das Verdienst von Puchta. Allein bei uns besteht noch diese irrthümliche Meinung und man beruft sich auf Art. 245 der Civilprocessordnung. Diese Bestimmung in ihrer officiellen deutschen Auffassung[8]) sagt: „Gegenstand eines Beweisverfahrens können nicht sein: . . . 3. Rechtssätze, welche auf allgemeinen Landesgesetzen, nicht aber blos auf örtlichen Satzungen, Gewohnheiten, Herkommen oder ausländischen Gesetzen beruhen.“ Allein dieser Bestimmung wegen kann man gewiss nicht behaupten, dass die Gewohnheiten immer Beweisgegenstände sein müssen, aber solche werden können, im Gegensatz der auf Landesgesetzen beruhenden Rechtssätze, die solche nicht sein können. Sodann Artikel 809 der Civilprocessordnung, welcher bestimmt, dass die falsche Anwendung eines Gewohnheitsrechtes gleichwie die eines Gesetzes Cassationsgründe bildet, beweist klar, dass auch unsere Civilprocessordnung das Gewohnheitsrecht nicht wie die im Processe vorkommenden Thatsachen aufgefasst hat. Deshalb können wir nicht den Grund einsehen, warum in Griechenland die Meinung nicht aufgenommen ist, welche in Deutschland schon vor der Einführung der Reichscivilprocessordnung herrschte, dass der Richter, nämlich im Falle er das Gewohnheitsrecht kennt, es von amtswegen zur Anwendung bringen muss.

Nicht minder als in Deutschland besteht auch bei uns die Streitfrage über das Mass des richterlichen Prüfungsrechtes bei der Feststellung der Geltung eines Gesetzes, insbesondere ob das Gesetz nicht in Widerspruch mit der Staatsverfassung steht oder verfassungsmässig entstanden ist. — Krassas (§. 18) meint betreffs der ersten Frage, dass der Richter beim Widerspruch zwischen zwei Bestimmungen die herrschende anzuwenden hat und als solche muss wohl die der Staatsverfassung angesehen werden. Bei der Frage des verfassungsmässigen Zustandekommens eines Gesetzes verwirft der Verfasser die Gneistsche Theorie über die *interna corporis*, nimmt aber andererseits an, dass ein vom Staatsoberhaupt genehmigtes und verfassungsmässig publicirtes Gesetz nicht blos eine Vermuthung seines verfassungsmässigen Zustandekommens für sich hat, sondern dass der Richter absolut verpflichtet sei, eine solche anzunehmen. So denkt Verfasser im ersten Falle freisinnig, in dem zweiten schliesst er sich der Meinung der Conservativen an.

Der letzte Abschnitt des ersten Capitels, über die Geltung des Rechtes in Zeit und Ort, ist ohne Zweifel der beste Theil des ganzen

[8]) Die von Maurer verfasste griechische Civilprocessordnung ist zugleich in der griechischen und deutschen Sprache publicirt, so dass beide Texte gleiche Geltung haben.

Digitized by Google

Werkes. Die französische und deutsche Literatur, besonders bei der Behandlung des internationalen Privatrechtes, werden in umfassender Weise berücksichtigt. Wir möchten behaupten, dass Verfasser die Ergebnisse der letzten Zeit gründlich verfolgt hat. Ueber alle Fragen wird eine sichere und überlegte Meinung ausgesprochen. Das internationale Privatrecht wird durch eine allgemeine theoretische und historische Darstellung fast monographisch behandelt. Es ist das erstemal, dass diejenigen griechischen Juristen, welche die ausländische Literatur zu berücksichtigen nicht im Stande sind, in ziemlich volle Kenntniss der Fortschritte des internationalen Privatrechtes gesetzt werden, welches während der letzten Jahrzehnte eine solche Entwickelung erfahren hat, wie es bei irgend einem anderen Theile des Privatrechtes kaum zu finden ist. Laurent's, Bar's und die Verdienste der anderen Rechtsgelehrten in diesem Punkte sind durch das vorliegende Werk für die griechische Wissenschaft und Praxis nützlich gemacht worden. Verfasser führt vielfach auch eigene Ansichten und Arbeiten an, was beweist, dass er sich mit besonderer Vorliebe mit dieser Lehre beschäftigt habe.

In dem zweiten Capitel des ersten Theiles ist die Rede über die Rechte. Verfasser sucht die Schwierigkeit des Begriffes des Rechtes im subjectiven Sinne zu überwinden durch eine vermittelnde Auffassung, welche die zwei Haupttheorien zu vereinigen trachtet; darnach lässt sich das berühmte Wollendürfen und das vielbesprochene Interesse gewissermassen ausgleichen. Er definirt das subjective Recht im eigentlichen Sinne als „die zur Befriedigung eines Lebensinteresses dem objectiven Rechte angemessene Macht". Es wäre vielleicht dem Zwecke des Verfassers entsprechender, wenn das Wort Macht „δύναμις", welches nur eine physische Bedeutung hat, näher als eine Willensmacht bezeichnet wäre.

Ueber das Wesen der Dinglichkeit in dem dinglichen Rechte theilt der Verfasser die Ansicht, welche verschiedentlich unterstützt wird, dass diese nicht in der Unmittelbarkeit der rechtlichen Stellung besteht, sondern nur in dem negativen Inhalte, da das dingliche Recht Verbote enthält. — Referent muss gestehen, dass die Argumentation des Verfassers und die der anderen diese Ansicht Theilenden ihn nicht überzeugt haben, dass nämlich die Römer jeden positiven Sinn dem dinglichen Rechte der Sache gegenüber versagt haben.

Der zweite Theil behandelt die Subjecte der Rechte. Ueber das Ende der physischen Person bemerken wir, dass in Griechenland keine Bestimmungen über die Verschollenheit gelten. Das römische Recht ist in diesem Punkte nicht vervollständigt. Die Processgesetze enthalten Bestimmungen über das Verfahren der Einweisung in den provisorischen Besitz des Vermögens eines Verschollenen. Diese Bestimmungen haben keine Geltung, da sie die Regelung der Verschollenheit von dem Civilrechte voraussetzen; allein dies ist bei uns nicht geschehen; daher, wie Verfasser bemerkt, gelten nur die l. 22, §. 1 Dig. (42, 5); l. §. 4 Dig. (50, §. 21) und c. 3 Cod. (8, 50).

Digitized by Google

Was die juristischen Personen (Capitel II des zweiten Theiles, S. 261—298) betrifft, scheint Verfasser die von Gierke neugestaltete Beseler'sche Genossenschaftstheorie, welcher sich neulich Regelsberger angeschlossen hat, nicht annehmen zu wollen, weil er in dieser Theorie keine Lösung der Frage finden kann, „in welcher Weise ein Wille einer Gesammtheit nicht individuell bestimmter Personen (in der Corporation) gebildet wird; daher wird nothwendigerweise eine Fiction hineingezogen, durch welche nicht die einzelnen Individuen, sondern ihre ideelle Gesammtheit Rechtssubject wird". — Referent, der ein Anhänger der Gierke'schen Theorie ist, meint, dass der vom Verfasser berührte Punkt die Stärke dieser Theorie bildet, denn durch den Organismus wird die Gesammtheit der Einzelwillen zum Gesammtwillen. — Verfasser aber fordert körperliche Gestalt bei den einzelnen Individuen zu sehen, um über allgemeinen Willen und Persönlichkeit sprechen zu können, sonst gibt es keine Wahrheit, sondern nur Fiction. — Dass diese Ansicht des Verfassers nicht die richtige sein dürfte, wird gerade durch den Begriff des objectiven Rechtes, den er selbst angibt, bewiesen; er definirt es nämlich, wie schon erwähnt, als den allgemeinen Willen. Wo bleiben denn hier die individuell bestimmten Willen, die den allgemeinen Willen ausmachen? Man kann aber das Recht sicherlich nicht als eine Fiction und keine Wahrheit auffassen.

In Griechenland, wie Verfasser (§. 105) mit Recht bemerkt, können wir bei den Personenverbindungen, welche eine Mischung von privatgeschäftlichen und corporativen Elementen enthalten, nur für jeden einzelnen Fall zwischen dem schroffen Gegensatz der Corporation und der Gesellschaft wählen. Es gibt bei uns nicht einen mittleren Ausweg, wie er auf deutschem Boden erwachsen ist. Dieser Umstand führt uns zu gewissen Unzuträglichkeiten, denn auch in Griechenland sind, wenn auch nicht in solchem Masse, jene Vereinigungen der neueren Zeit entwickelt, auf welche in Deutschland die Begriffe des Gesammteigenthums, Gesammtrechtes u. s. w. sich beziehen. Dies ist aber eine Lücke, die nur die Gesetzgebung, nicht aber die Wissenschaft ausfüllen kann. Von den Gesellschaften des Handelsrechtes betrachten wir nur die Actiengesellschaften als juristische Personen.

In dem nachfolgenden dritten Theil, über die Sachen, hat sich Verfasser viel mit einem neueren griechischen Gesetze vom 21. Juni 1837 beschäftigt, welches den Titel „Ueber Unterscheidung der Güter" trägt. Das Gesetz beabsichtigte, die Eintheilung der Sachen zu bestimmen. Es ist auf Grund des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gemacht, von welchem die meisten ersten Artikel des zweiten Theiles in das griechische Gesetz übertragen sind. Die Mängel der Vorschriften des österreichischen Gesetzes sind bekannt. Dasselbe hat nämlich die Eintheilung der Sachen auf Grund der Anschauungen des vorigen Jahrhunderts, welche heute zum Theil verworfen sind, geregelt. Unser Gesetz enthält diese Mängel noch in höherem Masse, da in diesem auch Unordnungen in

Digitized by Google

der Redaction, Confusionen in der Reihenfolge der Eintheilung und insbesondere Ungenauigkeiten in der Uebersetzung der Begriffe bemerkbar sind. Ausserdem hat das Gesetz es in einigen Punkten für angemessen gehalten, sich vom österreichischen Gesetz zu entfernen und dem *Code civil* zu folgen, was manchmal sogar in demselben Artikel geschieht. So wird die wissenschaftliche Behandlung der Fragen erschwert, da man häufig Widersprüche zwischen dem theoretisch Richtigen und den ausdrücklich entgegengesetzten Bestimmungen des Gesetzes findet. Indessen hat Verfasser diese Schwierigkeiten in einer systematisch correcten Reihenfolge überwunden und hat das Gesetz in dem möglichsten Ausgleich mit den theoretischen Schlüssen interpretirt. Er hat dazu das System von Unger, auch die französischen Schriftsteller benutzt.

In der Besprechung der Früchte (§. 122) finden leider die Ausführungen von Leo Petrażycki — Einkommen — keine Berücksichtigung, welche, wenn auch nicht allgemein angenommen, doch überall die grösste Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben. Verfasser hätte, wenn nicht den zweiten, doch den ersten Band benutzen können. Daher findet die wirthschaftliche Grundlage der Frage keine Erörterung, obgleich sie alle Tage grösseren Boden gewinnt. Vielmehr erblickt Verfasser in den Früchten auf Grund der alten verkehrten Annahmen blos organische Erzeugnisse. Gerade in letzter Zeit ist so viel über diesen Gegenstand geschrieben, dass Referent verzichten muss, die Krassas'sche Auffassung zu widerlegen. Bemerkenswerth ist, dass auch bei dem Verfasser der augenscheinliche Widerspruch in dem von ihm angegebenen Fruchtbegriffe vorkommt in seiner Bemerkung nämlich, dass der Ertrag der Jagd und nicht das Wild die Frucht ist. Eine Bemerkung, die er zu machen gezwungen war wegen der bekannten Digestenstelle und der Basiliken (XIII, 3, 26 schol.). Da aber der Ertrag Frucht ist, wie können wir dieselbe zugleich nur als „organisches Erzeugniss" definiren?

In dem vierten Theile (§§. 135—228, S. 381—621) wird die Lehre über Entstehung, Veränderung und Verlust der Rechte entwickelt.

Betreffs des abgeleiteten Erwerbes nimmt Verfasser auch bei der constitutiven eine Rechtsnachfolge an, „weil sich das neue Recht des Erwerbes auf das bestehende Recht des Urhebers stützt und von ihm entsteht". Er verwirft die Annahme, dass die Servitut ein Bestandtheil des Eigenthums ist, welches durch die Trennung von Eigenthum selbständig wird.

In §. 139 — Verlust der Rechte — meint Krassas, dass der Verzicht bei den dinglichen Rechten nur das Eigenthum aufheben kann, bei allen übrigen bedarf er der Annahme. Einer solchen allgemeinen Auffassung, gegen welche Quellenbestimmungen stehen, wie Meissels in dieser Zeitschrift vorzugsweise bewiesen hat[9]), kann Referent nicht beistimmen.

[9]) Vgl. Grünhut's Zeitschrift. Bd. XVIII, IX, §. 4.

Digitized by Google

Ueber die Streitfrage, welche die Wirkung der Nichtigkeit wegen Geschäftsirrthums ist, stimmt Verfasser der Ansicht der absoluten Nichtigkeit bei, trotz der Tendenz, die sich in neuester Zeit in der Wissenschaft zeigt, zur Unterstützung der relativen Nichtigkeit, die der Sicherheit des Verkehrs zweifellos angemessener und mit den Quellenzeugnissen zu vereinigen möglich ist.

In der Lehre von den Bedingungen (§§. 179—188), welche sonst mit der grössten Sorgfalt verfasst ist, kann Referent den griechischen Begriff, den der Verfasser für die Suspensivbedingung anwendet, nicht gutheissen. Er nennt sie „παρακωλυτική", was „hindernde" bedeutet. Bis jetzt war bei uns das Wort „ἀναβλητική" üblich, und das entspricht unseres Erachtens vollständiger dem Wesen dieser Bedingung und stimmt völlig mit dem Begriffe „aufschiebende" überein. Es mag sein, dass das Wort „hindernde" etwas für sich hat; es enthält aber etwas Dauerhaftes und deswegen entspricht es dem Ausdrucke der Quellen *„negotium conditione suspenditur"* nicht.

In Griechenland war bis jetzt die Ansicht vertreten, dass die Beweislast denjenigen trifft, welcher sich auf eine Bedingung beruft, sowohl bei der aufschiebenden, als auch bei der auflösenden Bedingung. Verfasser sucht diese Ansicht, sofern sie die aufschiebende Bedingung betrifft, zu bekämpfen, und nach der Meinung Windscheid's und Anderer meint er, dass der sich auf die Willenserklärung Berufende auch die Nichtexistenz der Bedingung beweisen muss, „weil derjenige, der das Vorhandensein der Erklärung zugibt, zugleich aber behauptet, dass sie unter einer Bedingung abgegeben ist, nur eine Thatsache gesteht, d. h. das Vorhandensein einer bedingten Willenserklärung, welche Thatsache sich als etwas Einheitliches nicht theilen lässt".

Die Voraussetzungslehre, die von keinem griechischen Civilisten angenommen ist, wird auch vom Verfasser verworfen, indem er sie als eine Aufhebung der Rechtsprincipien charakterisirt, die zugleich Opfer des Verkehrsinteresses mit sich bringt.

Von der Verjährungslehre (§§. 204—218, S. 569—605) heben wir zwei Punkte hervor: Ueber die Einredenverjährung meint Verfasser, dass es nicht richtig ist, nach der Verjährung der Obligationsklage die Unverjährbarkeit der Einrede derselben Obligation anzunehmen; aber auch das Gegentheil kann man nicht behaupten, d. h. dass die Verjährung der Klage die der Einrede mit sich bringt. Vielmehr muss man unterscheiden einmal den Fall, dass die Einrede eine selbständige Existenz hat, in welchem Falle die Verjährung der Klage keinen Einfluss hat; sodann muss man das Gegentheil annehmen, wenn die Einrede nur auf der Obligation, auf welcher auch die Klage, beruht. Danach billigt Verfasser vollständig die Windscheid'sche Ansicht. — Für die unvordenkliche Verjährung war bei uns von Kalligas und Paparrigopulos die Meinung vertreten, dass dieses Institut sich auf das öffentliche Recht bezieht, und dass es daher keine Anwendung findet, da, wie schon gesagt, nur das Privatrecht der Römer in Griechenland gilt. Dieser unrichtigen

Digitized by Google

Annahme tritt nun mit vollem Rechte Verfasser entgegen und nimmt eine Geltung der unvordenklichen Verjährung auch in anderen als in den Quellen bezeichneten Fällen an, selbstverständlich mit den nothwendigen Ausnahmen.

Das Buch schliesst mit einer klaren ausführlichen Darstellung über die Lehre der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ohne eine weitere Besprechung des Rechtsschutzes, welche gewöhnlich die Darstellung der allgemeinen Lehren des Privatrechts schliesst. Diese Unterlassung ist umsomehr bemerkenswerth, als der Verfasser weder in dem Vorworte, noch irgendwo anders eine Angabe darüber macht.

Das neue Werk von Krassas, im Allgemeinen betrachtet, ist eine vortreffliche Arbeit. Als griechischer Jurist können wir es nur mit grosser Freude und Genugthuung begrüssen. Die Behandlung der einzelnen Fragen ist fast überall erschöpfend, die Art der Darstellung klar und folgerichtig; kurz, das Buch ist eine Förderung der juristischen Wissenschaft in Griechenland und unentbehrlicher Erwerb für jeden griechischen Juristen. Es ist sehr erfreulich und wir können mit Bestimmtheit hoffen, dass der Verfasser die noch fehlenden Theile seines Systems — Sachen- und Obligationenrecht — zu Ende führen wird.

Athen — z. Z. Berlin. Dr. Konstantin A. Basiliu.

4. Die Jurisdictionsnorm und ihr Einführungsgesetz.

Ein Commentar von Dr. Heinrich Hörten. I. Hälfte Manz, 1898.

I. Auf jeden guten Commentar könnte man als Motto die Worte des Franzosen setzen: „*Je ne propose rien, je ne suppose rien, j'expose.*“ Denn ein Commentar hat seiner Aufgabe genüge geleistet, wenn er in wissenschaftlicher Darstellung und Interpretation des Gesetzesstoffes eine reiche Casuistik bringt. „Casuistik“ in dem Sinne von Stellungnahme zu einer Reihe von Fragen, deren Entscheidung die juristische Praxis wirklich interessirt und nicht in dem Sinne von ausgeklügelten, in der Praxis meist unmöglichen Fällen. Im erstgenannten Sinne erfassen Gaupp-Stein, v. Petersen, Seuffert und Struckmann-Koch ihre Aufgabe und da ihre Darstellung eine durchaus wissenschaftliche ist, hat man sich gewöhnt, deren Commentare als Muster solcher Werke hinzustellen.

Das Lob, dieser gewiss nicht kleinen Aufgabe gerecht geworden zu sein, kann man dem vorliegenden Theile (bis §. 48 J. N.) des Horten'schen Werkes uneingeschränkt zollen und man darf dasselbe keineswegs in eine Reihe mit den Frühgeburten unserer neuen Processliteratur stellen, die, ohne dass auch nur das Erscheinen aller diesbezüglichen Normen abgewartet worden wäre, in die Welt gesetzt wurden.

Digitized by Google

Um zu erweisen, dass die oben aufgestellten Postulate — wissenschaftliche Darstellung und eingehende Casuistik — durch Horten's Buch erfüllt werden, sei bezüglich des zuerst genannten Erfordernisses auf die Literaturangaben verwiesen. Sie sind mit aussergewöhnlicher Genauigkeit gearbeitet und nicht blos nach den einzelnen Materien, sondern sogar nach den einzelnen Fragen innerhalb jener gesichtet und an den entsprechenden Stellen angeführt. Diesbezüglich verweise ich auf die Literaturangaben zu demjenigen Theile des §. 1 J. N., der Stellung nimmt zur Streitfrage über die Abgrenzung zwischen Rechts- und Administrativsache. Ebenso umfassend sind die Angaben betreffend das internationale Processrecht, was bei der Schwierigkeit der Benützung dieser zerstreut liegenden Literatur besonders hervorgehoben zu werden verdient.

Die Anlage des Commentars selbst betreffend, steht Horten äusserlich zwischen denjenigen Commentatoren, welche den einzelnen Abschnitten des Gesetzes kurze, systematische Uebersichten vorausgehen lassen (so meistens die oben citirten deutschen Commentare), und denjenigen, welchen der Weg ihrer Erörterungen überhaupt nur von den einzelnen Gesetzesworten vorgeschrieben wird (man denke an den Commentar von Wilmowski-Levy). Ich betone, dass Horten nur äusserlich zwischen diesen beiden Arten von Commentatoren steht. In Wirklichkeit bringt er nicht blos Interpretationen des Gesetzestextes, geschweige denn blosse Anmerkungen zu den einzelnen Worten des Gesetzes, vielmehr findet man in seinem Werke neben einzelnen Abhandlungen über Fragen, die innerhalb der Grenzen der Jurisdictionsnorm aufgeworfen werden können, Explicationen des Gesetzestextes. Wie weit Horten bei Stellung jener Fragen geht, das erhellt am besten aus dem Umstande, dass bei §. 1 J. N. neben einer neugeformten Beantwortung der Frage nach der Abgrenzung zwischen Administrativ- und Rechtssache auch eine interessante Theorie über den §. 15 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt ihre Stelle findet.

Dass bei einer solchen Methode ungleichmässige Behandlung nicht zu vermeiden war, ist ebenso sicher, als dass Horten in dieser Beziehung mehr that, als nöthig gewesen wäre; insbesondere Abhandlungen, welche die Anfangsgründe der einschlägigen Lehren behandeln sollten, fehlen fast gänzlich. Danach ist klar, dass das Horten'sche Werk nur für theoretisch eingehendere Studien und für Praktiker zu empfehlen ist. Namentlich diese letzteren werden in demselben wegen seiner reichen Detailausführungen ein verlässliches Nachschlagebuch finden.

So bin ich bei dem zweiten, oben als Postulat für einen guten Commentar aufgestellten Punkt — der Casuistik — angelangt.

Als Beweis dafür, dass diesem Erfordernisse vollauf genügt ist, stehe hier Folgendes: Man findet in dem Commentar Fragen aus dem internationalen ausserstreitigen Verfahren (E. G. Art. VIII), Erörterungen über die örtlichen Grenzen der Jurisdictionsnorm, endlich die

Digitized by Google

Bestimmungen über die Exterritorialität (Art. IX E. G. und §§ 32 u. 33 J. N.) in die leicht gangbare Scheidemünze der Kanzleipraxis umgesetzt. Diese Partien des Buches seien der Praxis, in welcher diesbezüglich noch viel mehr Unsicherheit herrscht als in der Theorie, besonders empfohlen. Dasselbe gilt von der positivrechtlichen Behandlung der Frage, wann Administrativ-, wann Gerichtssache vorliegt, wobei den Einzelfällen der Entschädigung in Beziehung darauf, dass sie einen Civilcompetenzgrund bilden, eine sehr eingehende Erörterung gewidmet wird.

Interessante Casuistik fördern die Erörterungen betreffend den §. 79 J. N. (collegialgerichtliches Verfahren wegen einer Bezirksgerichtssache, die ausnahmsweise vor ein Collegialgericht kommt u. s. w.), weiters die Ausführungen bezüglich der Ablehnung von Richtern nach §. 20 f. J. N., wie auch bezüglich der Delegation nach §. 30 J. N. zutage.

Wenn somit die wissenschaftliche Darstellung und reiche Casuistik den Werth eines Commentars ausmachen, dann ist erwiesen, dass Horten's Werk — insoweit es vorliegt — eine Bereicherung unserer neuen Processliteratur ist und es verdient bestens empfohlen zu werden.

II. Soviel von Horten's Buch im Allgemeinen. Wenn ich nun zur Besprechung specieller Punkte übergehe, so muss ich wohl nicht früher hervorheben, dass ich bei dem reichen Inhalte des Buches nur zu einem kleinen Theile der darin erörterten Specialfragen Stellung nehmen kann, und es ist natürlich Sache der Kritik, nur jene hervorzuheben, deren Entscheidung ihr anfechtbar zu sein scheint. Durch das Folgende soll somit das oben dem Inhalte des Horten'schen Buches uneingeschränkt gezollte Lob nicht etwa geschmälert werden. Dies umsoweniger, als beim Mangel jeder Praxis schon darin ein Verdienst liegt, dass auf Details so fleissig eingegangen wurde.

1. Vor Allem sei eine Ansicht, gerade mit Rücksicht darauf, dass man noch immer nicht zu hoffen wagt, dass das Officialprincip und die Mündlichkeit werden in Wirklichkeit umgesetzt werden, energisch bekämpft: die Ansicht nämlich, dass das Gewohnheitsrecht für den Process eine mit dem Gesetzesrechte gleichwerthige Rechtsquelle sei. *Consuetudo contra legem* soll ebenso zulässig sein wie die *secundum legem*. Wir haben es in Oesterreich gesehen, was dieses „Gewohnheitsrecht" genannte gewohnte Unrecht im Stande ist, wie es aus dem mündlichen Summarprocess einen nicht endenwollenden schriftlichen machte.

Welches sind die Gründe, die Horten zur Unterstützung dieser gefährlichen Ansicht heranzieht? Im Ganzen die, dass das Gesetz die Heranziehung des Gewohnheitsrechtes nicht verbietet, und der Wortlaut des §. 271 C. P. O.

Es ist wahr, dass das Gewohnheitsrecht in der Processordnung nicht verboten wird, aber der im §. 10 des a. b. G. B. enthaltene

Digitized by Google

Grundsatz gilt nicht nur im Privatrechte, sondern auf dem ganzen Gebiete des Rechtes überhaupt. Er gehört zu jenen Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, deren Geltung man auf das öffentliche Recht ausdehnen muss, will man einer gesetzlichen Regelung der wichtigen Fragen im Rechte nicht entrathen. Wo sonst als im bürgerlichen Gesetzbuche sind die Fragen der Gesetzesderogation gelöst? Will man sie deshalb im öffentlichen Rechte nicht gelten lassen? Die kundgemachten Gesetze sollen bei Unkenntniss nicht verbinden, wenn sie Process-Recht enthalten, weil nur im bürgerlichen Gesetzbuch eine diesbezügliche Norm aufgestellt ist?[1]) Soll die Zahlung öffentlich-rechtliche Forderungen nicht tilgen, weil eine solche Bestimmung nur im bürgerlichen Gesetzbuche steht? Sollen Verzugszinsen wegen nicht rechtzeitiger Einzahlung nicht gefordert werden dürfen, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Forderungen handelt? Die *in rem versio*, die Bestimmungen über Irrthum, über Vollmacht, Geschäftsführung ohne Auftrag, Bestimmungen über Impensen, sollen im öffentlichen Rechte nicht gelten? Freilich werden manche der zuletzt genannten Punkte, wenn sie auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes erscheinen, als der Machtsphäre des bürgerlichen Gesetzbuches entrückt bezeichnet (Tezner im Archiv für öffentliches Recht, Bd. IX, namentlich S. 563), aber die Anwendung des §. 10 a. b. G. B. ist darin begründet, weil auf seinen Inhalt zutrifft, was Tezner a. a. O. von gewissen Rechtsverhältnissen sagt: es handelt sich darin nicht um die Anwendung des Privatrechtes auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, sondern um eine Entwicklung eines dem öffentlichen und dem Privatrechte gemeinsamen Begriffes. Dazu kommt noch, dass, wie Heyssler erwies, §. 10 a. b. G. B. (Grünhut, Bd. XI, S. 580) seiner Marginalrubrik gemäss auf alle Gesetze, also auch die Processgesetze, Anwendung findet.

Die weitere Argumentation Horten's, welche die Geltung des Gewohnheitsrechtes aus dem §. 271 C. P. O. erweisen will, hält auch nicht Stich. §. 271 spricht allerdings von Gewohnheitsrecht. Wenn man aber seinen Werdegang verfolgt, so ergibt sich, dass hier an Gewohnheitsrechte, wie sie im Gebiete des Handelsgesetzes eine grosse Rolle spielen, gedacht wurde, nicht an das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des Processes. Der entsprechende §. 281 der Regierungsvorlage, sowie des Ausschussentwurfes (§. 270) lauteten nämlich:

„Das in einem anderen Staatsgebiete geltende Recht, etwa vom Gerichte zu berücksichtigende Gewohnheitsrechte ... bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind."

Ohne hieran etwas Meritorisches ändern zu wollen, nur als Umstilisirung (S. 3 des gemeinsamen Berichtes der Permanenzcommissionen beider Häuser), stellt sich die jetzige Fassung dar. Es ist somit Alles,

[1]) Im österreichischen Strafgesetzbuche findet sich eine solche Bestimmung §§. 3 u. 233. Ebenso im Gefällsstrafgesetz §. 13.

Digitized by Google

was aus der ersten Fassung gefolgert werden kann, auch richtig für den nunmehr gesetzlich feststehenden Text. Das Wort „etwa" zeigt, dass mit „Gewohnheitsrecht" nicht das auf dem Gebiete des Processes gemeint sein kann. Denn entweder es ist Rechtsquelle des Processes, dann ist kein Raum für eine Eventualität der Anwendung oder Nichtanwendung, kein Raum für ein „etwa", es muss in allen Fällen angewendet werden; oder es ist nicht Rechtsquelle des Processes, dann ist es eben auf der ganzen Linie des Processes verschwunden. Daraus ergibt sich, dass es sich hier nur um „etwa" in den einzelnen Fällen in Frage kommende, nur das materielle Recht beeinflussende Gewohnheitsrechte handelt.

Dasselbe Ergebniss erhält man, wenn man an den im ursprünglichen Text gewählten Plural „Gewohnheitsrechte" denkt, denn so kann man das Processgewohnheitsrecht, das ja ein einheitlicher Begriff ist, nicht bezeichnen wollen. Das Gewohnheitsrecht ist im Processe somit ausgeschlossen.

2. Im Gegensatz zur bisherigen Besprechung, die ein Thema, das für die Praxis von grösster Tragweite ist, betraf, muss jetzt ein Punkt berührt werden, der mehr theoretisch von Bedeutung ist. Zu Art. I E. G. stellt Horten die Ansicht auf (S. 4), dass das Einführungsgesetz selbst, insoweit im Gesetze nichts Anderes bestimmt wird (Art. VIII, Nr. 2, Art. XIII bis XVI und XVIII), bereits seit dem 20. September 1895 gelte. Das soll sich *per argumentum a contrario* daraus ergeben, dass nur bei den citirten Artikeln eine besondere Vacation eintritt, sonst aber die von 45 Tagen. Einen praktischen Erfolg hat diese Behauptung nicht, und sogar der Autor selbst gibt zu, dass die einzelnen Artikel des Einführungsgesetzes, bei welchen ein praktischer Erfolg dieser Theorie eintreten könnte, verbindende Kraft doch erst vom 1. Jänner 1898 erlangen, und er muss selbst zugeben, dass eine Bestimmung, die einfach sagt: „Insbesondere verlieren ihre Wirksamkeit . . ." (die und jene Gesetze), doch nur meint, dass sie diese Wirksamkeit erst vom 1. Jänner 1898 verlieren.

Wenn trotz dieser geringen Tragweite der von Horten tradirten Ansicht derselben entgegengetreten wird, so geschieht dies nur aus dem Grunde, weil sie ein Beweis dafür ist, wie wenig die Theorie der Lehre von den zeitlichen Grenzen der Processgesetze durchgearbeitet ist. Im Sinne der bisherigen Theorie, welche sich damit bescheidet, zu sagen, der Process könne als untheilbares Ganzes oder als theilbares angesehen werden, und im Uebrigen die positiven Uebergangsbestimmungen als *ultimum refugium* hinstellt, übersieht Horten, dass es der Charakter eines Einführungsgesetzes mit sich bringt, dass es weder früher noch später als das einzuführende Gesetz in Geltung treten kann. Wenn freilich ein Einführungsgesetz Normen enthält, die gar nicht hineingehören, sondern nur bestimmt sind, Lücken des einzuführenden Gesetzes auszufüllen, ist ihr Inkrafttreten der Zeit nach unabhängig von dem einzuführenden Gesetze. Soll des-

Digitized by Google

halb ein Artikel der letztangeführten Art zugleich mit dem einzuführenden Gesetz in Kraft treten, so muss das ausdrücklich gesagt werden. Bei allen anderen Bestimmungen versteht sich das von selbst. Gerade die Artikel VIII, Nr. 2, XIII bis XVI und XVIII sind solche, die nicht in ein Einführungsgesetz gehören; es müsste deshalb ausdrücklich gesagt werden, dass sie mit der Jurisdictionsnorm zugleich in Kraft treten sollen, bei allen übrigen versteht sich das ganz von selbst, weshalb aus dem Umstande, dass es nicht gesagt wurde, kein Schluss gezogen werden kann. Aus diesen Gründen ist das *argumentum a contrario* nicht stichhältig.

3. Den Art. III E. G. besprechend, tradirt der Autor die Ansicht, dass das Verfahren nach der alten Gerichtsordnung beim Hofmarschallamte nur in zwei Punkten gelten solle: in Bezug auf das Instanzenverhältniss und in Bezug auf die im Hofdecrete vom 14. October 1785, J. G. S. Nr. 481 enthaltenen Vorschriften über das Verfahren. Sonst solle auch vor dem Oberst-Hofmarschallamte nach den Regeln der Processgesetze vorgegangen werden. Die Einschränkung, dass das Verfahren nach der a. G. O. beim genannten Gerichte nur in den im Hofdecrete geregelten Fällen gelten sollte, macht der Autor nicht ausdrücklich, ich muss dieselbe aber supponiren, weil er im ferneren Verlaufe seiner Darlegungen den Umstand zu Hilfe nimmt, es sei in dem Hofdecrete nur gesagt, „es habe sich das Obersthofmarschallamt der eingeführten erbländischen Justizordnung zu fügen". Die Berechtigung dieser Supposition sehe ich auch darin, dass behauptet wird, dass wegen des obangeführten Citates nur eine Gleichstellung des Verfahrens beim Oberst-Hofmarschallamt mit dem Verfahren vor den sonstigen Gerichten gemeint sein könne, somit aus dem alten Verfahren das neue werde. Jedenfalls steht aber fest, dass der Autor das Geltungsgebiet der Processgesetze auch auf die Gerichtsbarkeit des Oberst-Hofmarschallamtes ausdehnt.

Dies halte ich für unrichtig, denn im Art. I E. G. zur Civilprocessordnung wird gesagt, dieselbe habe bei den ordentlichen Gerichten in Kraft zu treten; die ordentlichen Gerichte werden im §. 1 J. N. taxativ aufgezählt, und da sich das Obersthofmarschallamt nicht darunter findet (der Autor selbst nennt es an einer Stelle ein ausserordentliches Gericht, S. 13), so erscheint das neue Verfahren dort nicht eingeführt. Das Resultat, zu welchem der Autor kommt, wäre nach der hier angeführten Begründung unrichtig, weshalb die Begründung des Autors auf ihre Stichhältigkeit zu prüfen ist.

Kann man nach der Textirung des Art. III E. G. J. N. annehmen, dass die „Vorschriften über das Verfahren" nur soweit aufrecht erhalten bleiben sollen, als dies im Hofdecret vom 14. October 1785 geschieht? Man könnte dies thun, wenn man das Wörtchen „die" vor „Vorschriften" weglässt, denn dann könnte man allenfalls die Worte „die im Hofdecrete ..... getroffenen Bestimmungen, sowie

Digitized by Google

Vorschriften über das Verfahren ....“ als grammatikalisch zusammengehörig betrachten. In der That fehlt auch das Wort „die“ bei Horten in der Wiedergabe des Gesetzestextes (S. 13). Bei richtiger Textirung ist an die oben angeführte Zusammenziehung aber nicht zu denken, weshalb auf die weitere Annahme Horten's, es sei in dem Hofdecrete die Norm enthalten, dass das jeweilige in Oesterreich geltende Verfahren beim Obersthofmarschallamte gelten solle, nicht eingegangen wird. Schliesslich ist in diesem Zusammenhange zu bemerken, dass Horten die frühere Normirung nur in zwei Richtungen aufrecht erhalten wissen will. Danach wäre zu schliessen, dass er glaubt, dass beim Obersthofmarschallamt in Bezug auf die Besetzung der Richterbank der neue Process gelten, dieselbe also mit zwei Richtern und einem Vorsitzenden (sein Titel thut nichts zur Sache) besetzt sein wird. Trotzdem behauptet er S. 13 und 74, dass ein Senat von 5 Richtern daselbst judiciren wird.

4. Zu Horten's Besprechung des §. 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, welche er bei Gelegenheit des Art. VI E. G. bringt, wäre darauf hinzuweisen, dass die österreichische Praxis einen wichtigen Streitpunkt in dem Worte „Verkehr“ als Gegensatz zu dem Worte „Betrieb“ findet. Nur Ereignung im „Verkehre“, nicht auch im „Betriebe“ ist Gegenstand eines nach dem Haftpflichtgesetze zu führenden Processes. Verkehr oder Betrieb — das ist die Frage. Wenn nun Horten beide Ausdrücke *promiscue* gebraucht (S. 23 f.), „Betriebsereignung“ nennt und „Verkehrsereignung“ meint, so ist das für die österreichische Praxis verwirrend. Es ist hier nur der Ort, dies zu constatiren, nicht auch die beiden Begriffe genau zu umschreiben. Wo speciell die österreichische Gesetzgebung die Grenzmarkung hinstellen wollte, ersieht man am besten aus den bei Gelegenheit der Berathung dieser Gesetze gehaltenen Reden von Unger und Arndts.

Die eben behandelte Streitfrage ist vielleicht so alt als das Gesetz. Neueren Ursprunges ist eine zwar nur bei Haftpflichtprocessen der k. k. österreichischen Staatsbahnen vorkommende Frage, welche aber, wegen der grossen Ausdehnung dieser selbst, die Praxis lebhaft interessirt. Die Frage ist die, ob nach Erscheinen des Erlasses des k. k. Eisenbahnministeriums vom 1. August 1896, welches die Verwaltung in der Richtung einer Decentralisation ändert, der „Sitz der Verwaltung“ nur Wien ist, oder der Sitz jeder Finanzprocuratur, oder der Sitz jener Finanzprocuratur, in deren provinziellem Sprengel sich der Verkehrsunfall zugetragen hat. Trotz zweier untereinander gleichlautender Entscheidungen der zwei unteren Instanzen, hat der oberste Gerichtshof über ausserordentlichen Revisionsrecurs in seiner Entscheidung vom 6. Juli 1897, Z. 7923 (Ger.-Ztg. vom 14. August 1897, Nr. 33) die letzte Alternative, und zwar auch mit Rücksicht auf den §. 74 der neuen Jurisdictionsnorm für richtig erklärt. Da Horten diese von ihm gar nicht berührte Frage noch bei §. 74 J. N. besprechen dürfte, soll ihm nicht vorgegriffen werden.

Digitized by Google

5. Die bekannte Frage: „Was ist Verwaltungssache, was ist Rechtssache?“ behandelt Horten systematisch richtig bei §. 1 der Jurisdictionsnorm, weil durch die Beantwortung dieses Punktes die Grenzen bestimmt werden, innerhalb deren sich alle Fragen der Jurisdiction der Gerichte halten müssen. Ich glaube den Kern der von Horten neugeformten Theorie durch Zusammenfassung dessen wiederzugeben, was er auf S. 81, 86 und 87 dem Sinne nach sagt: Ob etwas Verwaltungs- oder Rechtssache ist, entscheidet sich darnach, ob an der zur Entscheidung kommenden Hauptfrage die politische Verwaltung ein Interesse hat oder nicht. Sie hat ein solches, wenn in die Hauptfrage „staatrechtliche und politische“ Momente hineinspielen. Wenn also in die Hauptfrage öffentlich-rechtliche Momente hineinspielen, gehört sie vor die Administrative, sie gehört aber auch nur soweit vor dieselbe, als publicistische Momente hereinspielen.

Ich glaube nicht, dass die Horten'sche Theorie einen wirklichen Schritt nach vorwärts auf diesem wegen der Vielgestaltigkeit der bezüglichen Gesetzgebung schwer betretbaren Wege ist. Sie steht vielmehr meines Erachtens der jetzt als richtig anerkannten, neuestens wieder von Schrutka (im Staatswörterbuch von Ulbrich-Mischler, s. v. Civilprocesssache) vertretenen Theorie nach, weil sie mit Begriffen operirt, die juristisch farblos sind. Es ist eine Regel, welche die Regellosigkeit festsetzt, indem sie es der politischen Behörde anheimstellt, zu sagen, es bestehe an einer Entscheidung ein öffentlich-rechtliches Interesse, um so die Sache vor das Administrativforum zu bringen. Abgesehen hievon hätte Horten's Theorie sehr bedenkliche Consequenzen. Man denke an folgendes der Praxis entnommene Beispiel: In einer politisch erregten Zeit wird an einem Orte, wo zwei aufgereizte Volksstämme nebeneinander wohnen, eine Schule von politischen Gegnern demolirt. Sehen wir von der hier nicht interessirenden strafrechtlichen Seite ab, so erübrigt die Besitzstörungsklage (die auch in Wirklichkeit überreicht wurde). Da die Administrative ein sehr reges Interesse an dem Falle hat, würde nach Horten's Theorie der Besitzstörungsprocess vor dieselbe kommen. Derselbe Fall würde aber in politisch ruhigen Zeiten mangels Interesses der Verwaltung vor die Gerichte gehören. Eine Theorie, die als Criterium das Interesse der Verwaltungsbehörde aufstellt, verdient auch deshalb nicht den Vorzug vor der bisher von den Meisten für richtig gehaltenen Regel, weil nur die letztere den Gerichten gibt, was der Gerichte ist. Wenn das „Interesse“ das Criterium dafür bildet, ob etwas vor die Verwaltungsbehörde gehört oder nicht, so kann diese durch eine solche Erklärung Alles vor ihr Forum ziehen. Denn der Beweis, ein Interesse zu haben, ist sehr leicht, da es sich hier fast ausschliesslich um Fragen des freien Ermessens handeln wird.

Bei Besprechung der Horten'schen Theorie ist im Vorigen ein systematischer Lapsus unterlaufen: sie wurde früher auf ihre Consequenzen geprüft, bevor ihre Richtigkeit an sich untersucht war.

Digitized by Google

Das wird nunmehr geschehen. Hiebei sollen zwei unzweifelhaft (oder wenigstens unangezweifelt) richtige Fälle der Untersuchung zu Grunde gelegt werden, die ich absichtlich der alltäglichsten Praxis entnehme, um so Fälle von statistisch höchster Wichtigkeit und zugleich solche zu prüfen, die meines Wissens bei Untersuchung der Frage, ob Administrativ-, ob Gerichts-Competenz noch nie zum Ausgangspunkt gedient haben.

I. Fall. Der Staat hat an A eine Steuerforderung zu stellen. Das von Horten geforderte Interesse der Verwaltung ist da, ebenso die administrativ-behördliche Competenz. A stirbt (oder bestellt wegen eigener Zahlungsunfähigkeit einen Bürgen). Dasselbe Interesse der Verwaltung wie bei Lebzeiten des A (vor Bürgschaftsbestellung), die öffentlich-rechtliche Seite der Hauptfrage wird durch den Tod (Bürgschaftsübernahme) nicht tangirt und doch tritt unbezweifelt die Gerichtscompetenz ein, wenn gegen den Erben vorgegangen wird, mag der Zeitpunkt des Processes vor oder nach Einantwortung fallen.

II. Fall. Eine unter sittenpolizeilicher Controle stehende Person wird zwangsweise in ein öffentliches Krankenhaus abgegeben. Die Oeffentlichkeit hat ein reges Interesse an ihrer Abgabe in's Spital, an ihrer Heilung und ebenso an der Bezahlung der gewiss mangels jeden Vertrages öffentlich-rechtlichen Schuld. Die administrativen Behörden stellen die Höhe der Verpflegsgebühren fest, sprechen die Verpflichtung zur Zahlung aus und treiben auch ein. Schon bei Abgabe in's Krankenhaus war constatirt, dass die Verpflegte vermögenslos sei; der Vater ist zur Zahlung verpflichtet. Das öffentliche Interesse an der Internirung im Spital, an der Heilung und an der Bezahlung ist natürlich nicht um ein Haar geringer geworden, und doch kann man den Vater nicht im administrativen Wege belangen.

Die Sache kommt vor das Gericht.

Man sieht, dass Horten's Theorie uns gründlich im Stiche lässt, wogegen die Richtigkeit der herrschenden Theorie an diesen beiden Fällen bewiesen werden kann.

6. Im Verlaufe seiner Darlegungen zu §. 1 J. N. schafft Horten einen neuen Begriff und unterlässt es, einen alten, eingebürgerten zu präcisiren. Horten stellt den Begriff des „ordentlichen Richters" auf als desjenigen Richters, welcher sich der staatsgrundgesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit erfreut. Er präcisirt aber nirgends den Begriff des ordentlichen Gerichtes. Weshalb beides zu tadeln ist, wird nunmehr besprochen werden.

Die Existenzberechtigung eines jeden juristischen Begriffes liegt darin, dass aus allen gleichen Begriffen gleiche Consequenzen für die Rechtsverhältnisse gezogen werden können, aus allen ungleichen ungleiche Consequenzen.[2])

[2]) Es ist mir wohlbekannt, dass Hunderte in der Theorie eingebürgerter Begriffe diesen Postulaten nicht gerecht werden: das beweist aber nur, dass

Digitized by Google

Aus dem neuen Begriffe des „ordentlichen Richters“ können gar keine Consequenzen gezogen werden, man würde denn als solche die Unabhängigkeit des Richters ansehen. Da würde man aber aus dem neuen Begriffe herausdefiniren, was Horten vorher hineindefinirt hat. Horten selbst zieht keine Consequenzen aus dem neu in die Welt gesetzten Begriffe; damit allein spricht er ihm selbst jede Existenzberechtigung ab. Dazu kommt aber noch zweierlei: der Name, den Horten seiner neuen Erfindung gab, war usuell die Bezeichnung eines ganz anderen Begriffes, und so kann die neue Einreihung in das System von processualen Begriffen nur das Gegentheil von dem fördern, wozu eine Einreihung in ein System gemacht wird: Unordnung statt Ordnung. Weiters kommt zu erwägen, dass man bei diesem Begriffe des ordentlichen Richters, wie ihn Horten construiren möchte, zum Resultate gelangt, ausserordentliche Gerichte durch ordentliche Richter besetzt zu finden. Denn zum Beispiel den Richtern des Obersthofmarschallamtes, die ja bekanntlich Räthe des Wiener Landesgerichtes sind, ist dieselbe Unabhängigkeit staatsgrundgesetzlich garantirt wie den übrigen Räthen des Wiener Landesgerichtes. Sie sind also nach Horten ordentliche Richter, und da das Obersthofmarschallamt ein ausserordentliches Gericht ist (auch nach Horten's Ansicht, S. 13 u. 74), so sind sie ordentliche Richter eines ausserordentlichen Gerichtes.

Um was Horten meines Erachtens bei Aufstellung des neuen Begriffes „ordentlicher Richter“ zuviel gethan hat, hat er bei Behandlung des „ordentlichen Gerichtes“ zu wenig gethan. Die Aufstellung dieses Begriffes hat die weittragendsten Consequenzen: überall, wo ordentliches Gericht, dort das neue Verfahren und nur dort; daher ist in einem Commentar zur Jurisdictionsnorm die genaue Präcisirung dieser Kategorie unerlässlich. „Gerichte, die man nur nicht ordentlich nennen mag“ (S. 74) und die doch ordentliche sind, kennt die Jurisdictionsnorm ebensowenig als Gerichte, die ordentlich „genannt werden“ und doch keine solchen sind. Das sind, mangels jeder Definition des „ordentliches Gerichtes“ gelinde gesagt Variationen ohne Thema. Zur Sache selbst aber wäre zu bemerken, dass das Oberlandesgericht Innsbruck als Berufungsgericht des Fürstenthums Liechtenstein ein ordentlichen Gericht ist und nur der Gerichtsbarkeit der Charakter einer ausserordentlichen Gerichtsbarkeit zukommt. Dies deswegen, weil im §. 1 J. N. von den Oberlandesgerichten im Allgemeinen gesprochen wird, was die bereits erwähnten Consequenzen hat.

---

solche Begriffe keine Einheiten sind, und erklärt, wieso Ihering gegen die Construction von Begriffen zu Felde ziehen konnte, wo doch das Charakteristikon jeder Wissenschaft darin besteht, dass sie aus den einmal feststehenden Begriffen Consequenzen ziehen darf; nur die unrichtige Bildung derselben wäre zu bekämpfen gewesen.

Digitized by Google

7. Den §. 3 J. N. interpretirend, kommt Horten zum Schlusse, dass trotz der gegentheiligen Norm des §. 207 der Geschäftsordnung die Recurse gegen die Beschlüsse der Handelsbezirksgerichte (ich nehme den Hauptfall statt aller analogen Fälle) immer an die Landesgerichte und nur die Berufungen von Urtheilen der Handelsbezirksgerichte an die Handelsgerichte zu gehen haben. „Die Verordnung kann das Gesetz nicht ändern." Das ist gewiss wahr. Es fragt sich nur, ob der Inhalt des §. 3 J. N. durch §. 207 G. O. auch geändert wird. Das wäre nur dann der Fall, wenn §. 3 J. N. das verbieten würde, was §. 207 G. O. gebietet. Horten nimmt an, dass der §. 3 J. N. das thut, allerdings sucht er eine Stütze für diese Meinung nicht etwa im Wortlaute des § 3 J. N., sondern in der *ratio legis*, die dafür spreche, dass man den Rechtsmittelzug der handelsgerichtlichen Urtheile anders ausgestalten solle als den der landesgerichtlichen Beschlüsse.

Was ist *„ratio legis"* überhaupt? Man definirt sie gewöhnlich als den Grund, den die „Gesetzgebung" hat, um eine Bestimmung zu treffen. Wenn nun eine bestimmte Norm vom gesetzgebenden Körper so angenommen wurde, wie sie in der Regierungsvorlage stand, so war hier offenbar der Grund, den das Justizministerium hatte, um eine Bestimmung zu treffen, die *ratio legis* für die Norm des §. 3 J. N. Ausgesprochen ist diese *ratio* nirgend, und Horten glaubt sie nur zu errathen; wohl aber ist etwas von demselben Justizministerium ausgesprochen worden, was den contradictorischen Gegensatz zu derjenigen Behauptung bildet, zu welcher man von der supponirten *ratio legis* kommen müsste. Kann man glauben, dass das Justizministerium bei einem und demselben Normencomplex, im Gesetze und in der Durchführungsverordnung, verschiedene *rationes legis* hatte? Gewiss nicht, vielmehr ist mit Sicherheit anzunehmen, dass der von Horten als Grund der gesetzlichen Bestimmung angegebene Umstand als solcher nicht ausschlaggebend war; eine *ratio*, wie sie der Autor aus dem Gesetzestexte zu errathen glaubt, existirte nicht; da aber nur der Bestand einer solchen *ratio* dem Autor als Grundlage für seine Meinung dient, so fällt diese mit jener; man kann nicht sagen, dass §. 3 J. N. auch nur seinem Sinne nach den Rechtszug für Beschlüsse der Handelsbezirksgerichte anders gestaltet als den Rechtszug für Urtheile derselben Gerichte. Man kann nicht sagen, dass der §. 3 J. N. und §. 207 G. O. einander widersprechen. Vielmehr ist einfach der §. 207 G. O. eine Ergänzung des unglücklich gefassten §. 3 J. N., weshalb „von einer Aenderung des Gesetzes durch Verordnung" nicht gesprochen werden kann, und es liegt für den Richter absolut kein Grund vor, sich an den §. 207 G. O. für nicht gebunden zu erachten.

8. Schriftführer soll nach Ansicht des Autors nur ein Kanzleibeamter sein können. Er begründet diese, wie mir scheint, anfechtbare Ansicht aus §. 16, Abs. 2 J. N. (S. 123). Dieser bestimmt aber

Digitized by Google

nur, wozu Beamte der Gerichtskanzlei auch verwendet werden können. Von einer Norm, dass nur Beamte der Gerichtskanzlei zu Schriftführerfunctionen herangezogen werden können, ist nicht die Rede. Deshalb muss angenommen werden, dass der §. 52, Al. 2 O. G. hier das entscheidende Wort zu sprechen hat, welcher ganz allgemein dem Gerichte gestattet, zu unaufschiebbaren Geschäften jede beliebige Person zu berufen. Noch mehr aber als die allgemeine Fassung des §. 52, Al. 2 G. O. G. spricht für die Ansicht, dass in dringenden Fällen jedem Diurnisten die wichtigen Functionen eines Schriftführers übertragen werden können, das Moment, dass in den Motiven nirgend von einer solchen Neuerung gegenüber der bisherigen Praxis gesprochen wird.

9. Zu § 20, Nr. 5 spricht der Verfasser seine Meinung dahin aus, dass wegen des Wortlautes dieser Bestimmung nur die Richter ausgeschlossen sein sollen, welche bei untergeordneten Gerichten an der Beschlussfassung oder Urtheilsfällung theilgenommen hatten. Wären sie etwa bei Rückverweisung der Sache als Räthe einer höheren Instanz thätig gewesen, so dürfen sie nach Horten (etwa als Präsidenten der Unterinstanz) nicht ausgeschlossen werden. Diese dem Zwecke der ganzen Institution der Ausschliessung des Richters zuwiderlaufende Interpretation klammert sich offenbar zu sehr an den Wortlaut des Gesetzes, anstatt ihn analog anzuwenden.

10. §. 29 J. N. bestimmt bekanntlich in seinem letzten Satze, dass bei Eintritt von Aenderungen, durch welche die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt entzogen wird, ausnahmsweise die Competenz des mit dem Processe befassten Gerichtes aufhören solle. Statt einer Erörterung darüber, in welchen concreten Fällen die eben citirte Norm Anwendung zu finden habe, und wie weit die Grenzen dieser Ausnahme gesteckt sind, begnügt sich Horten mit der Bemerkung: „In diesem Falle wird immer noch die Frage der Rückwirkung einer solchen Norm zu erheben und, wenn sie darüber keine eigene Vorschrift gibt, analog dem Art. XIX sq. E. G. J. N. zu entscheiden sein.“ Ich muss bekennen, diese Erklärung nicht zu verstehen.

Wien, November 1897. **Dr. Berthold Pick.**

5. Die Disciplinarstrafen in den österreichischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnissen.

In rechtsvergleichender Darstellung von Dr. Karl Hiller, k. k. Regierungsrath, ord. Professor des Strafrechts in Czernowitz. Leipzig und Wien, Franz Deuticke. XI und 174 S.

Seitdem die internationale criminalistische Vereinigung es in ihren Satzungen betont hat, dass die Strafrechtspflege erst durch den Strafvollzug Inhalt und Bedeutung gewinne, haben einzelne Fragen

Digitized by Google

desselben eine intensivere monographische Behandlung erfahren, und es kann der Standpunkt, welcher der sogenannten Gefängnisskunde den Charakter einer wissenschaftlichen Disciplin verweigerte, als ein überwundener betrachtet werden. Hat doch die österreichische Unterrichtsverwaltung selbst vor mehreren Jahren auf Initiative des k. k. Justizministeriums den Gegenstand zu einer akademischen Disciplin auf den österreichischen Universitäten gemacht. So hat denn auch Prof. Hiller in der vorliegenden Schrift dem jungen Boden eine schöne und dankenswerthe Frucht abgerungen. Dem praktischen Charakter des disciplinaren Strafensystems entsprechend, hat der Verfasser durch die Vermittlung des k. k. Justizministeriums einen Fragebogen an die Directionen der österreichischen Strafanstalten versandt, aus dessen Beantwortung die vorliegende Studie hervorging. Unter Heranziehung der ausländischen Praxis wird ein klares Bild der Wirksamkeit des disciplinaren Strafensystems im Allgemeinen und jedes einzelnen Strafmittels insbesondere entworfen und in die Darstellung eine Kritik der einschlägigen Partien des Entwurfes zu einem Strafvollzugsgesetze vom Jahre 1891 verwoben. Von theoretischem Interesse sind die Ausführungen Hiller's über die Absorption der öffentlich-rechtlichen Strafverfolgung durch die Disciplinarstrafe (S. 122 ff.). Nach der geltenden Justizministerial-Verordnung vom 4. Juli 1860 wird das Princip, dass öffentliche und disciplinare Strafen nebeneinander hergehen, aus praktischen Gründen durchbrochen und Vergehen wie Uebertretungen, welche während der Strafdauer in den Strafanstalten (nicht in Gerichtshofgefängnissen) begangen werden, blos im Disciplinarwege geahndet. Die Art. X und XI des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzentwurfe 1891 haben diese Norm in beschränktem Umfange beibehalten. Die Nothwendigkeit einer strengen und rasch wirkenden Disciplin in den Strafhäusern rechtfertigt diese Ausnahme, welche überdies eine gleichmässige Berücksichtigung der Verschuldung gegen das Strafgesetz und der gegen die Gefängnissdisciplin sichert. Dagegen erscheint mir der von Prof. Lammasch (Allg. österr. Gerichtszeitung, 1895, Nr. 40) und Hiller (S. 71) gebilligte Vorschlag, wegen schwerer, in den letzten Tagen einer Freiheitsstrafe begangener Disciplinardelicte eine Verlängerung der Haft selbst eintreten zu lassen, bedenklich. Der Disciplinarzwang tritt nur ergänzend zum Strafzwange hinzu, ist seiner Natur nach ein Erfüllungszwang. Es müsste consequent somit dann entfallen, wenn jener endigt. Auch liesse sich in solchen Fällen die mangelnde Extensität der Disciplinarstrafe durch eine grössere Intensität ersetzen. Von praktischen Erwägungen geleitet, befürwortet Professor Hiller schliesslich die Wiedereinführung der körperlichen Züchtigung.

Dr. Lenz.

Digitized by Google

6. Das eheliche Güterrecht

nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in seinen Grundzügen.

Von Dr. R. Schröder, Professor der Rechte an der Universität zu Heidelberg. Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8°. 36 S.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat das System der Verwaltungsgemeinschaft zum gesetzlichen Güterrecht (§§. 1363—1425) erhoben, wofür insbesondere dessen bisherige weite Verbreitung im Deutschen Reiche, sowie der Umstand massgebend waren, dass dasselbe die nach der modernen Rechtsanschauung erforderliche Sicherstellung und Selbständigkeit der Ehefrau am besten zu ermöglichen schien. Dieser Stellungnahme des Gesetzgebers entsprechend wird in dem vorliegenden, übersichtlich und klar geschriebenen Buche zunächst und am eingehendsten das System der Verwaltungsgemeinschaft (S. 9—20) erörtert, woran sich eine gedrängte Darstellung der Gütertrennung, sowie der sonstigen (vertragsmässigen) Güterrechtssysteme — allgemeine Gütergemeinschaft mit fortgesetzter allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnissgemeinschaft — anschliesst.

Der Verfasser erachtet die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, die sich auf die Ausgestaltung des ehelichen Güterrechtes, insbesondere des gesetzlichen Systems der Verwaltungsgemeinschaft beziehen, meistentheils für sachgemäss und zweckentsprechend. Häufig finden sich Hinweise auf die modernen Gesetzbücher und insbesondere auf den Entwurf des schweizerischen Civilgesetzbuches.

Es kann nicht geleugnet werden, dass bei dem geringen Umfange der Schröder'schen Schrift einige Partien ein wenig zu knapp behandelt werden mussten. So vermisse ich bei der Lehre von der Verwaltungsgemeinschaft eine Erörterung des §. 1377, obwohl derselbe für den unter den heutigen Verhältnissen so häufigen Fall, dass das Vermögen der Frau in Geld und Werthpapieren besteht, für deren Verwaltung, beziehungsweise Nutzung wichtige Bestimmungen enthält. Auch die Vorschriften über das Güterrechtsregister (§§. 1558—1563) sind nur in der Einleitung kurz erwähnt; ebenso diejenigen Bestimmungen des Einführungsgesetzes, welche das einschlägige internationale Privatrecht regeln.

München. Dr. Carl Deybeck.

7. Das persönliche Eherecht

des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Von Dr. Leonhard Jacobi, Justizrath, Universitätsprofessor an der Universität Berlin. Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8°. 90 S.

Die vorliegende Schrift, welche, der Legalordnung folgend, das gesammte persönliche Eherecht, d. h. die §§. 1297 mit 1362, ferner

Digitized by Google

§§. 1564 mit 1588 des b. G. B. behandelt, ist vorwiegend kritischen, um nicht zu sagen tendenziösen Charakters: sie erörtert nämlich die Gesetzesbestimmungen vorzugsweise nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach dem Gesichtspunkte, ob sie dem vom Verfasser postulirten fortschrittlichen Standpunkte entsprechen oder doch der Fortbildung und Entwicklung in diesem Sinne durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung fähig seien. Hiebei kommt der Verfasser sehr häufig zu dem Ergebnisse, dass den Anforderungen der Zeit, als welche er eine völlige Lostrennung der Ehe von der kirchlichen Auffassung derselben, ein möglichst ausgedehntes Scheidungsrecht und Gleichstellung beider Geschlechter auf dem Gebiete des Eherechtes erachtet, nicht Genüge geschehen sei (zu vergleichen insbesondere S. 10 f.).

Es kann übrigens dem Buche Jacobi's kaum abgesprochen werden, dass es in den Rechtsinhalt und die Tragweite der einzelnen Paragraphen, wenn auch nicht in das casuistische Detail, energisch eindringt und insoferne auch Demjenigen, der den angedeuteten Standpunkt des Verfassers nicht theilt, manche Belehrung bietet.

Auf S. 19 ist in Abs. 3 zu lesen „§. 1301" statt „§. 1354" und die Bemerkung in Abs. 4 — über den Ausschluss des Rückforderungsrechtes in Gemässheit des allgemeinen Grundsatzes in §. 815 — dahin zu ergänzen, dass insbesondere Derjenige kein Rückforderungsrecht habe, der das Verlöbniss ohne wichtigen Grund gelöst, oder den Rücktritt des anderen Verlobten durch sein Verschulden veranlasst hat.

Dr. Carl Deybeck.

---

8. Das deutsche Erbrecht

nach dem bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896.

In kurzgefasster Darstellung. Von Dr. Emil Strohal, Professor der Rechte in Leipzig. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8°. 168 S.

Das vorliegende Werk über das Erbrecht nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuche zeichnet sich vor den beiden voraufgeführten Schriften — „Eherecht" von Dr. Jacobi und „Eheliches Güterrecht" von Dr. Schröder, welche derselben Sammlung angehören — durch eine weit eingehendere und mehr systematische Behandlung des Stoffes aus, was schon äusserlich durch den Umfang der Schrift und die lehrbuchartige, von der Reihenfolge des Gesetzes nicht unwesentlich abweichende Gliederung des Inhaltes gekennzeichnet wird. Der Verfasser erachtet das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches nicht für allseitig befriedigend, aber in vielen seiner Bestimmungen für fortbildungs- und entwicklungsfähig; hiezu müsse früher oder später eine gesetzgeberische Verbesserung treten.

Schon der erste Abschnitt „Der Nachlass und die Nachlassbetheiligten" (S. 3 mit 7) enthält einen lehrreichen Ueberblick über die Hauptgrundsätze des neuen Erbrechtes und seine hauptsächlichsten

Digitized by Google

Abweichungen vom römischen Erbrechte. Letztere werden auch im weiteren Verlaufe der Darstellung mit ziemlicher Vollständigkeit (zu vergleichen S. 8, Zf. 1; S. 26, Zf. 3; S. 27, Zf. 1; S. 31, Zf. 8; S. 40, Zf. 1; S. 41, Zf. 2 und Zf. 4; S. 43, Zf. 3; S. 44, Zf. 6) berührt und mit Recht, insbesondere auf dem Gebiete der Auslegungsregeln als zutreffend und sachgemäss bezeichnet.

Das Buch von Strohal zeugt nicht nur von einer hervorragenden Kenntniss der erbrechtlichen Literatur, auf welchem Gebiete der Verfasser schon früher und namentlich auch aus Anlass des neuen Gesetzgebungswerkes hervorgetreten ist, sondern auch von grosser Vertrautheit mit allen auf diesem Rechtsgebiete auftauchenden allgemein-theoretischen, sowie casuistischen Fragen. Diese Eigenschaften ermöglichen es dem Verfasser, die einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches mit grosser Schärfe zu zergliedern und zu denselben Fälle zu construiren, welche manche dieser Bestimmungen nicht als ganz bedenkenfrei erscheinen lassen; so S. 85 zu §. 2056, S. 83 ff. zu §§. 1935 und 2095, S. 105 zu §. 2327. Eine Erörterung hierüber würde den hier verfügbaren Raum überschreiten. Zutreffend scheint mir insbesondere zu sein, was der Verfasser auf S. 58 gegenüber den Bestimmungen des §. 2271, Ab. 1, S. 1 und 2 bemerkt, welche das Recht des Widerrufes, beziehungsweise der Aufhebung eines correspectiven gemeinschaftlichen Testamentes regeln und welche an Formvorschriften theils zu wenig verlangen (nämlich für die Zustimmung des anderen Ehegatten), theils zu viel (nämlich für die Widerrufserklärung).

Die Fragen, welche Strohal zu §. 2256 aufwirft, erheben sich auch im Falle der Zurücknahme eines gemeinschaftlichen Testamentes nach §. 2272. Dass diese Fragen bei der Anwendung des Gesetzes leicht praktisch werden können, ist zuzugeben; allein alle derartigen Fragen durch ausdrückliche Bestimmungen ausser Zweifel zu stellen, konnte der Gesetzgeber nicht unternehmen.

Der Unterfertigte möchte sein Urtheil über das vorliegende Buch dahin zusammenfassen, dass dasselbe ein brauchbares und zugleich anregendes Hilfsmittel zum Studium des im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich niedergelegten Erbrechtes bildet.

Dr. Carl Deybeck.

9. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse

im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.

Eine Darstellung und Erläuterung der Hauptbestimmungen von Dr. Friedrich Schollmeyer, Geh. Justizrath, ordentl. Prof. an der Universität Würzburg. Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897. gr. 8°, 122 S. Preis geh. 2 Mk. 50 Pf.

Das vorliegende Buch, welches ebenfalls zu der Sammlung: „Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen“ zählt, behandelt das zum Gegenstande gewählte Thema in folgenden Ab-

Digitized by Google

schnitten: Vorbemerkungen, Vertragsobligationen mit den Unterabtheilungen: Veräusserungsverträge, Gebrauchsüberlassungsverträge und sonstige Verträge, sodann die aussercontractlichen Obligationen.

In den „Vorbemerkungen" wird dargelegt, dass das Gesetzbuch in der Frage, welche Vertragsarten der bisherigen Gesetzgebungen und Doctrin aufzunehmen, welche zu übergehen seien, im Allgemeinen das Richtige getroffen habe, ebenso darin, dass von der formellen Definition der einzelnen Obligationen Umgang genommen worden sei. Mit Fug zählt Schollmeyer in der Einleitung (S. 5 f.) auch jene gesetzlichen Bestimmungen auf, welche socialen Gesichtspunkten, insbesondere dem Schutze der wirthschaftlich Schwächeren Rechnung tragen. Als Consequenz dieser Auffassung der §§. 617, 559 und 624 möchte noch hervorzuheben sein, dass die in denselben statuirten Rechte für die Betheiligten unverzichtbar sind (zu vgl. Denkschrift z. Entw., S. 80, §. 619). Zu den Veräusserungsverträgen rechnet der Verf. den Kauf und die Schenkung (S. 7 mit 34); zu den Gebrauchsüberlassungsverträgen (S. 34 mit 70): Miethe und Pacht, den Dienstvertrag und Werkvertrag, die Realcontracte (Leihe, Verwahrungsvertrag und Darlehen), sowie den Auftrag; als sonstige Verträge werden die Gesellschaft und die Bürgschaft (S. 71—89) angereiht. Unter den aussercontractlichen Obligationen behandelt der Verf. das einseitige Versprechen (Auslobung und Schuldverschreibung auf den Inhaber), die Geschäftsführung ohne Auftrag, die ungerechtfertigte Bereicherung und die Schadenersatzansprüche aller Art.

Ob diese Eintheilung der Obligationen und insbesondere der Vertragsobligationen durch innere Gründe gerechtfertigt ist und der Gesammtheit der im siebenten Abschnitte des zweiten Buches aufgestellten Typen gerecht zu werden vermag, möchte dahingestellt bleiben. Thatsächlich hat Schollmeyer, was zunächst die Vertragsobligationen anbelangt, verschiedene Gattungen theils nur berührt, theils gar nicht behandelt, so die Anweisung (§§ 783 ff.), die Leibrente (§§. 759 ff.), den Geschäftsbesorgungsvertrag (§. 675). Insbesondere aber finde ich, dass in der Schollmeyer'schen Darstellung die formalen oder abstracten Obligationen (Schuldversprechen, Schuldanerkenntniss, Schuldverschreibung auf den Inhaber) als solche nicht gebührend herausgehoben worden sind. Es ist kein Zufall, dass sie sämmtlich nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zugleich als Scripturobligationen erscheinen. Ferner gehört hieher die Anweisung (§. 783), welche Schollmeyer (S. 89) zwar dem einseitigen (formalen) Versprechen anreiht, jedoch nicht genügend als formale, von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängige Obligation kennzeichnet. Meines Erachtens besteht aber der formale Charakter dieser Vertragsform darin, dass der Angewiesene an die einmal ertheilte schriftliche Annahme unbedingt gebunden ist und nur mit den in §. 784, Abs. 1 zugelassenen Einwendungen, nicht auch mit solchen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Anweisenden seine Leistungsverbindlichkeit ablehnen kann. Nicht nur die beiderseitige

Digitized by Google

Ermächtigung des Anweisungsempfängers und Angewiesenen, zu erheben, beziehungsweise zu leisten (Denkschrift z. Entw., S. 94), sondern auch des Letzteren Verpflichtung tritt unabhängig von der *causa* durch die schriftliche Annahme ein.

Den wichtigen Rechtsgrundsatz des neuen bürgerlichen Gesetzbuches „Kauf bricht nicht Miethe", der in §§. 571 u. 580 für die Miethe von Grundstücken, dann von Wohnräumen und anderen Räumen statuirt ist, erörtert Schollmeyer S. 51 in längerer, wie mir scheint zutreffender Darlegung. Er erachtet die Gebundenheit des Nachfolgers an den Miethvertrag nicht als den Ausfluss eines dinglichen Rechtes, was sich insbesondere aus der Vorschrift des §. 577 und dem Mangel einer Eintragung ergebe, sondern als „Zustandsobligation". Die entsprechenden Folgerungen hieraus werden S. 53 gezogen. Es hätte aber meines Erachtens noch Anlass bestanden, zu erörtern, ob und wann der neue Erwerber, der zunächst nur aus dem Vertrage seines Vorgängers mit dem Miether seine Rechte und Verpflichtungen ableitet, in den Vertrag selbst als Contrahent eintritt. Wenn der Vermiether nach Massgabe des §. 571, Abs. 2, Satz 2 von der Haftung frei wird, tritt an seine Stelle der neue Erwerber, nunmehr als Vermiether, der für einen weiteren Erwerber selbst nach §. 579 haftet; ist seine Stellung nunmehr eine vertragsmässige oder blos „Zustandsobligation", kommt es für dieselbe auf die Rechtswirksamkeit des ursprünglichen Vertrages an oder nicht? Man wird annehmen müssen, dass der Erwerber in diesem Falle als Vermiether gilt, wenn auch der Thatbestand eines wirklichen Vertrages zwischen ihm und dem *conductor* nicht vorliegt.

Was Schollmeyer auf S. 63 f. über die Haftung des Darlehensgebers bemerkt, scheint mir nur mit Vorbehalt richtig zu sein. Wesentlich ist allerdings beim Darlehen die Eigenthumsverschaffung (S. 62), der Darlehensnehmer muss Eigenthümer werden [1]) und hieraus folgt, dass kein Darlehen vorliegt, wenn die Darlehensnehmer nicht Eigenthümer der übergebenen Sache oder Geldsumme werden kann. Aber dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass der Darlehensgeber durch die mit dem Darlehensnehmer getroffene Vereinbarung eben für die Uebertragung des Eigenthums an den vereinbarten Gegenständen oder an der vereinbarten Geldsumme, und zwar in der vertragsmässigen Qualität haftbar ist. Es besteht kein Grund, diese vertragsmässige Verbindlichkeit auf den Fall unerlaubter Handlungsweise des Darlehensgebers zu beschränken.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat in dem siebenten Abschnitt des zweiten Buches „Einzelne Schuldverhältnisse" Einiges aufgenommen, was meines Erachtens nicht in das specielle Obligationsrecht gehört, so die Lehre von der Gemeinschaft (§§. 741—758) und die Lehre

[1]) So auch die Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches von Henle, Fischer, Ebert und Schneider, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, S. 244, Nr. 2 zu §. 607.

Digitized by Google

von der Bürgschaft (§§. 765—778). Erstere gehört wohl eher in den allgemeinen Theil des Gesetzbuches überhaupt, letztere — welche übrigens der Verf. eingehend behandelt hat — in den allgemeinen Theil des Obligationenrechtes. Im Allgemeinen aber lässt sich behaupten, dass Schollmeyer alle praktisch wichtigeren Partien des siebenten Abschnittes berührt hat. Ueberdies zeichnet sich die vorliegende Schrift durch grosse Klarheit und eine Reihe zutreffender Bemerkungen aus.

München, December 1897. **Dr. Carl Deybeck.**

---

10. Grundriss zum Studium der politischen Oekonomie.

Von Prof. I. Conrad in Halle a. S. I. Theil: Nationalökonomie. Jena bei G. Fischer, 1896; II. Theil: Volkswirthschaftspolitik. Ebenda 1897.

Prof. Conrad in Halle hat dem ersten Theile seines Grundrisses der politischen Oekonomie („Die Nationalökonomie"), der im Vorjahre erschien, nun rasch den zweiten Theil („Die Volkswirthschaftspolitik") folgen lassen. Er hat durch diese Publication nicht nur seinen Hörern einen vortrefflichen Grundriss für seine Vorlesungen geboten, sondern auch seinen zahlreichen Verehrern in Gelehrtenkreisen eine überaus erfreuliche Ueberraschung bereitet. Der Grundriss, welcher einen intimen Einblick in das System und in die Methode des ausgezeichneten, weit über die Grenzen seines Vaterlandes bekannten Universitätslehrers gewährt, widerspiegelt in jeder Rücksicht den umsichtigen, alle Seiten der von ihm behandelten Probleme unbefangen erwägenden Geist und die mit Vorliebe den praktischen, insbesondere den actuellen Problemen der Gegenwart zugewendete wissenschaftliche Individualität des Verf.'s. Dies gilt insbesondere vom 2. Theile des Grundrisses, in dem er auf der Grundlage des neuesten statistischen Materials die praktischen Probleme der Land- und Forstwirthschaft (einschliesslich des Bergbaues), des Gewerbewesens, des Handels, des Verkehrs- und Versicherungswesens, endlich der Bevölkerungslehre und des Armenwesens behandelt. Dass die Ausführungen über die Ackerbaupolitik, ein Gebiet, auf dem die Wissenschaft dem Verf. die werthvollsten Forschungen und Anregungen verdankt, ein besonderes Interesse in Anspruch nehmen, bedarf nicht der Hervorhebung. Der Grundriss, dessen zwei ersten Theilen nach der Absicht des Verf.'s noch zwei weitere über Finanzwissenschaft und Statistik folgen sollen, dürfte nicht nur bei der studirenden Jugend, sondern auch bei vielen Lehrern der politischen Oekonomie und über die engern wissenschaftlichen Kreise hinaus beim grossen Lesepublicum die verdiente freundliche Aufnahme finden.

C. Menger.

Digitized by Google

11. Grundriss der politischen Oekonomie.

Von Prof. Dr. Philippovich. I. Bd.: Allgemeine Volkswirthschaftslehre. Zweite, verbesserte und vermehrte Auflage. Freiburg bei I. C. B. Mohr, 1897. XII, 392 S.

Die erste Auflage dieses Grundrisses der politischen Oekonomie, welche im Jahre 1893 als Einleitungsband in das Handbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart von Marquardsen veröffentlicht wurde, ist sofort nach ihrem Erscheinen sowohl von den Vertretern der wissenschaftlichen Nationalökonomie, als von denjenigen, die einer knapp gefassten Darstellung der Volkswirthschaftslehre als Hilfsmittel für ihre Studien bedurften, auf das Wärmste begrüsst worden. Was den Vorzug dieses Werkes vor vielen ähnlicher Art begründete, war die sorgfältige knappe Zusammenfassung der Ergebnisse aller Hauptrichtungen der ökonomischen Forschung, die doch überall den selbständigen Denker und kritischen Beurtheiler verrieth. Auch ein gewisser praktischer Sinn, welcher sich in der Auswahl des Stoffes sowohl, als in der weitern oder knappern Darstellung der einzelnen Materien geltend machte, je nach dem das Zeitbedürfniss dies zu erfordern schien, hat dem Werke viele Freunde und Leser erworben.

Die eben in rascher Folge erschienene zweite Auflage des Grundrisses bietet den besten Beweis dafür, dass der Verf. durch das Werk einem wirklich empfundenen Bedürfnisse des Lesepublicums entgegengekommen ist. Sie ist in mannigfacher Rücksicht verbessert und vervollständigt. Insbesondere haben die Capitel über das Geld- und Creditwesen, deren Revision der Verf. dem Privatdocenten der Wiener Universität Herrn Dr. I. Landesberger übertrug, eine eingehende Umarbeitung erfahren, so dass das Werk in seiner neuen Gestalt den Zwecken der Belehrung und der Lehre in noch erhöhtem Masse zu dienen geeignet ist.

C. Menger.

12. Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung.

Von Ferdinand Böhm. Zweite, durchgearbeitete Auflage. Verlagsbuchhandlung von Gebrüder Reichel. Augsburg 1895. 588 S.

Die zweite Auflage des in Fachkreisen wohlbekannten und hochgeschätzten Werkes hat nicht nur die neuen Erscheinungen der Gesetzgebung, der völkerrechtlichen Verträge, sowie der Literatur und Rechtsprechung in sich aufgenommen, sondern auch unter Weglassung der früheren Beilagen und mit Abkürzung des Anhanges den Stoff selbst zu vervollständigen und zu erweitern gesucht. Bei der Darstellung der Nachlassbehandlung in den einzelnen Staaten hat der Verf. sich des Beirathes erfahrener Rechtslehrer und Fachmänner der einschlägigen Staaten bedient, was eine weitere Gewähr für die Richtigkeit der mitgetheilten Ergebnisse bedeutet. Der Consular-

Digitized by Google

vertrag des Deutschen Reiches mit Japan vom 4. April 1896, der Freundschafts-, Handels-, Schiffahrts- und Consularvertrag zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Nicaragua vom 4. Februar 1896, sowie das Ausserkrafttreten des Handels-, Schiffahrts- und Consularvertrages mit der Dominikanischen Republik vom 27. Januar 1897 ab beweist übrigens, dass auch in der Entwicklung der internationalen Verträge ein steter Fluss sich bemerkbar macht.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

13. Die rechtliche Behandlung der Arbeit.

Von Dr. W. Endemann. Jena, Gustav Fischer, 1897.

Die Arbeit als Gegenstand des Rechtsverkehrs neben Sachgut hat in der Rechtswissenschaft noch nicht die gebührende, freie, die Wirklichkeit richtig erfassende Würdigung gefunden. Die unfreie Arbeit, auf welcher die unter römischem Recht stehende Production beruhte, und die sich hieraus ergebende Lücke in der Behandlung der Arbeitsverhältnisse ausserhalb des Sclaventhums hat bis in die neueste Zeit nachgewirkt und dazu geführt, dass die Rechtswissenschaft, unbekümmert um die völlige Aenderung der thatsächlichen Verhältnisse und um die Abschaffung der Sclaverei, beziehungsweise die hier bestandenen deutschrechtlichen Eigenthümlichkeiten, sich mit dem Wenigen weiterschleppte, was das römische Recht über *locatio conductio operarum* und *operis* enthält, und namentlich die Rechtssätze der ersteren, die zunächst jedenfalls für Verwerthung sclavischer Arbeit aufgestellt waren, als Grundlage des Verkehrs mit freier Arbeit benutzt. Die ausführliche dogmatische Darstellung des Verfassers zeigt, dass nicht nur die mittelalterlich canonistische Lehre, sondern auch die deutsche Rechtswissenschaft, und zwar bis in die jüngste Periode herein ihre Sätze hauptsächlich auf die total veralteten wirthschaftlichen Zustände des römischen Rechts aufgebaut hat. Selbst das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat sich auf eine weitere Auffassung der Arbeit als Vertragsgegenstand nicht eingelassen, wenn auch im Einzelnen mancher Fortschritt gemacht wurde. Nach Endemann muss der umfassendste einheitliche Begriff der Arbeit von der wirthschaftlichen Erkenntniss aus geschaffen und zum Ausgangspunkt auch der juristischen Behandlung genommen werden; zwar hat die socialpolitische Gesetzgebung unserer Tage zum Schutze der Arbeiter eine Reihe von Bestimmungen getroffen, welche den Arbeitsvertrag betreffen, aber es handelt sich hier um die privatrechtliche Auffassung des freien Vertrages über Arbeit. Die Scheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag und Auftrag muss fallen, die Anerkennung der Lohnwürdigkeit der Arbeit, deren rechtliche Gestaltung im Einzelnen auf der Grundlage freier Uebereinkunft beruhen muss, soll eine allgemeine werden. Die Praxis der deutschen Gewerbegerichte könnte auf diesem Gebiete der Doctrin wohl manchen

Digitized by Google

Fingerzeig an die Hand geben, wenn sie es nicht verschmäht, in das vor diesen Gerichten sich abspielende praktische Leben herabzusteigen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

14. Autorrecht und Rechtssystem.

Von Dr. v. Freydorf. Literarische und kritische Studie. Mannheim 1894. 240 S.

Die Definition des Buches besteht nur in einer Behauptung, in den Worten: „Autorrecht ist Eigenthum.“ Dies sucht der Verfasser auf höchst originellem Wege im Anschlusse an Kohler's Untersuchungen zum Patentrechte als richtig nachzuweisen. Ein erster oder „Anmerkungstheil“ gibt die Literatur des Autorrechts im engeren Sinne, dabei werden zwei Hauptgruppen der Meinungen unterschieden, die vermögensrechtliche Lehre und die Persönlichkeitslehre, zu denen eine gemischte Schule (die Immaterialgüterrechtslehre) hinzutritt, welche von beiden Theorien das Richtige übernimmt und welcher sich das angezeigte Werk in der Hauptsache anschliesst. Im zweiten oder Haupttheile soll die volle Identität des Rechtsinstitutes, welches bisher unter dem Namen Autorrecht sich eine mehr oder weniger geduldete Stellung in Theorie und Praxis erworben hat, mit dem althergebrachten Rechtsinstitut des Eigenthums dargethan werden, während der dritte oder Schlusstheil die Stellung des Eigenthums (sei es körperliches oder geistiges Eigenthum) nach aussen bespricht. Freydorf meint zum Schlusse: „Am Bestehen unseres Eigenthums und Autorrechts kann, so lange der Mensch und sein Schutz Ausgangspunkt der Rechtsordnung ist, kein Formalismus und keine Kritik, keine Besitzes- und Erwerbslehre, kein Capitalismus eines Druckereibesitzers und kein Socialismus eines Schriftstellers etwas hinwegreden.“ Dennoch kann der Zweifel nicht unterdrückt werden, ob die gewählte Beweisführung, der man manche gute Gedanken gewiss nicht absprechen kann, zu dem vom Verfasser beabsichtigten Erfolge führt und die Dissidenten zu seiner Lehre zu bekehren vermag.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

15. Der unlautere Wettbewerb

nach dem zweiten Entwurfe eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes und über den Rechtsschutz von Fabrications- und Geschäftsgeheimnissen.

Von Dr. W. Reuling. Berlin, R. Gaertner's Verlagsbuchhandlung, 1895. 116 S.

Wenn ein Werk über legislative Probleme durch das Inkrafttreten eines Gesetzes über die behandelten Materien nicht an Werth verlieren soll, muss es getragen sein von richtigem Erfassen der Be-

Digitized by Google

dürfnisse des praktischen Lebens, das auch ohne Formulirung der Rechtsgedanken eine reiche Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse aufweist und dem Richter oft genug den Fortschritt der Rechtsprechung abzwingt. Unsere Abhandlung, deren erster Theil einen vor einem Kreise wissenschaftlich gebildeter Chemiker gehaltenen Vortrag wiedergibt, ist aus dem erwähnten Grunde auch durch das deutsche Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 keineswegs überholt oder antiquirt. Auch jetzt sind die Erörterungen des Verfassers über Reclameschwindel, Quantitätsverschleierungen, Betriebs- und Creditschädigungen durch Nachreden, sowie über Verrath fremder Betriebsgeheimnisse und unbefugtes Eindringen in solche noch höchst beachtenswerth, namentlich seine Bemerkungen über den Rechtsschutz des *„livelihood"*, wonach auch der reine Boykott und der von sonstigen Strafthaten sich frei haltende reine Strike als eine wirkliche Rechtsverletzung erscheinen würde. Leider gewähren die Bestimmungen des genannten Gesetzes nur civilrechtlichen und strafrechtlichen Schutz und sind die gewerbspolizeilichen Gesichtspunkte, auf welche die Bezeichnung des Gesetzes hinzuweisen scheint, nur sehr spärlich zum Ausdrucke gelangt. Seine Bewährung in der Praxis muss noch abgewartet werden; die bisherigen Erfahrungen dürften aber die Ausführungen Reuling's kaum zu widerlegen vermögen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

16. Deutsches Theaterrecht,

unter Berücksichtigung der fremden Rechte systematisch dargestellt.

Von Dr. jur. Otto Opet, Privatdocent an der Universität Bern. Berlin 1897, Verlag von S. Calvary & Co.

Schon früher (Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXXXIV und LXXXVI) hat Verfasser eine Reihe theaterrechtlicher Fragen, namentlich das Aufführungsrecht und den Bühnenengagementsvertrag, zum Gegenstande seiner Untersuchungen gemacht, deren Abschluss und Zusammenfassung das vorliegende werthvolle Werk darstellt. Die Arbeit, welche eine Lücke unserer Literatur auszufüllen bestimmt ist, erscheint gerade jetzt zur rechten Zeit, da man anfängt, den Theaterverträgen erhöhte Aufmerksamkeit zuzuwenden und auch an Schutzbestimmungen für das Theaterpersonal zu denken (s. über gesetzgeberische Versuche in Oesterreich: Sociale Praxis, VI. Jahrg., Nr. 31). Mit richtigem Verständniss hat Opet die Lösung der Aufgabe auf dem Boden der rechtsvergleichenden Methode gesucht und sowohl die gewerbepolizeiliche Literatur, insbesondere den trefflichen Commentar von Landmann zur Reichs-Gewerbeordnung, als auch die neuerlichen privatrechtlichen Untersuchungen von Gierke (Deutsches Privatrecht) und Kohler (Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXXXV)

Digitized by Google

eingehend gewürdigt. Ob er dabei das Wesen der gewerblichen Concession in allen Beziehungen richtig erfasst und ob seine Angriffe gegen die herrschende Lehre in allen Punkten siegreich durchgefochten sind, kann hier füglich ununtersucht bleiben, wie auch die Anschauungen über die Theatercensur, deren Wirkungskreis auf Störungen der öffentlichen Sicherheit eingeengt wird, wohl mancherlei Widerspruch erfahren werden. Jedenfalls zeigt die Schilderung des öffentlichen Theaterrechts, dass die Theaterpolizei, und zwar in gleicher Weise die Theatergewerbe- wie die Theatersicherheitspolizei zumeist bereits in ein festes System von Rechtsvorschriften gebracht ist, während das private Theaterrecht mit Ausnahme des Aufführungsrechtes fast keine gesetzliche Normirung gefunden hat. Sehr interessant sind die Ausführungen über den Bühnenengagementsvertrag, der als Innominatcontract im Sinne des modernen Rechts erklärt wird, über den Theaterbesuchsvertrag und den Contrahirungszwang der Theaterunternehmungen, über die rechtliche Natur der Theaterabonnements und Theaterbillette, über das Recht der Kritik und die Claque. Hier zeigt sich überall, dass Opet mit dem praktischen Leben auf diesem Gebiete in enger Fühlung steht.

Der Anhang bringt in etwas gemischter Folge eine Reihe von Theaterordnungen, Theaterregulativs, Bühnenengagements- und Aufführungsvertragsformulare, welche zur Illustrirung der vorgetragenen Ansichten wohl geeignet sind. Den Schluss bildet ein ausführlich bearbeitetes Sach- und Gesetzesregister, letzteres nach Staaten geordnet.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

17. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896,

nebst dem Einführungsgesetz vom 18. August 1896.

Von Dr. Otto Fischer, ord. Prof. d. R. zu Breslau, und Wilhelm Henle, Regierungsrath im königl. bayer. Staatsministerium der Justiz zu München. Handausgabe mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister, in Verbindung mit Eugen Ebert, Amtsgerichtsrath und Hilfsrichter am Oberlandesgerichte zu Breslau, und Heinrich Schneider, Regierungsrath im königl. bayer. Staatsministerium der Justiz zu München, herausgegeben. München, C. G. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1897. XXVIII und 1142 S.

Das gefällig ausgestattete Werk bezielt unter Vertheilung der einzelnen Gesetzesabschnitte an die Mitarbeiter durch Verweisung auf die ergänzenden, ähnlichen und abweichenden Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches selbst, sowie der übrigen Reichsgesetze, und durch kurze Inhaltsangaben zum Gesetzestexte den Zusammenhang des bürgerlichen Gesetzbuches mit dem gesammten Privatrecht klarzustellen. Auch die beabsichtigten Aenderungen der Reichs-Civilprocessordnung und Concursordnung finden Berücksichtigung, wie

Digitized by Google

auch das in dem Entwurfe der ersten Lesung, in den Theilentwürfen der zweiten Lesung und in der Reichstagsvorlage niedergelegte Gesetzesauslegungsmaterial. Die sachlichen Erläuterungen beschränken sich auf das Nächstliegende und Grundsätzliche; so ist das Buch ein sehr geeignetes Mittel zur Einführung in das Gesetz sowohl für den praktischen Juristen und den Geschäftsmann, als auch für den Studirenden.

Sehr beachtenswerth sind die Ausführungen von Fischer in der Einleitung über die Bedeutung der Motive und sonstigen Vorarbeiten (Materialien) für die Auslegung des Gesetzes und über das Unheilvolle des sogenannten Präjudiciencultus. Richtig wird betont, dass es bei modernen Gesetzen einen persönlichen Gesetzgeber mit bestimmter Willensmeinung überhaupt nicht gibt, und dass nur das losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes als bindend betrachtet werden darf, ohne dass aber dadurch dem Buchstaben das Recht gegeben wäre, den Geist zu tödten; Beachtung verdienen die Gesetzesmaterialien abgesehen von ihrer wissenschaftlichen Bedeutung um deswillen, weil in ihnen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dargestellt erscheint. Auch die Entscheidungen der höheren Gerichte binden nicht, abgesehen von der einzelnen Sache, befreien aber auch nicht von der Pflicht eigener, nicht eigensinniger, aber gewissenhafter Prüfung.

Zu wünschen bleibt nur, dass die Praxis des bürgerlichen Gesetzbuches von Anfang an die hier gekennzeichneten richtigen Bahnen einschlagen möchte.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

18. Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten.

Von Dr. T. Bödiker, Präsident des Reichsversicherungsamtes. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895. VIII und 352 S.

Einer Empfehlung bedarf ein Werk aus so berufener Feder nicht; es soll hier nur versucht werden, aus seinem reichen Inhalte einige Punkte hervorzuheben. Der Verfasser will am Schlusse des ersten Jahrzehnts seit Einführung der deutschen Arbeiterversicherung Umschau halten, wie sich das weittragende, segenbringende Princip in den europäischen Staaten inzwischen ausgestaltet hat. Mit Recht betont er, getragen von gesundem Optimismus, dass die Arbeiterversicherung einen integrirenden Bestandtheil des Culturfortschrittes der Menschheit bildet, und dass neben die Einzelfürsorge auf dem Boden individueller Initiative eine allumfassende, öffentlich-rechtlich organisirte Versicherung treten muss, um eine glückliche Lösung des wichtigen, socialpolitischen Postulats der Pflichterfüllung der herrschenden Classen gegen die abhängigen Classen hier herbeizuführen. Freilich ist die richtige Durchschnittslinie schwer zu finden, welche das Zuviel nach oben und unten abschneidet, aber gerade die Vergleichung der internationalen Erfahrungen ist das beste Mittel, diesem

Digitized by Google

Ziele näher zu kommen, und daher gibt die gebotene Sammlung von Gesetzen, Projecten und Anträgen, welche in den verschiedenen Ländern von den berufensten Kreisen geschaffen wurden, neben der anschaulichen klaren Schilderung des geltenden Rechtszustandes in den wichtigsten europäischen Staaten ein wohl geeignetes Material, um unter den zunächst Betheiligten einen fruchtbringenden Ideenaustausch zu vermitteln und den ferner Stehenden die hohe Bedeutung des Problems klarzustellen. Die Revisionsbedürftigkeit unserer deutschen Gesetzgebung, namentlich die Nothwendigkeit einer Vereinfachung der geschaffenen Organisationen, ist ziemlich allgemein anerkannt, aber die Frage, in welcher Richtung sich die Aenderung des gewordenen Rechts bewegen soll, ausbauend oder nur erhaltend oder sogar wieder einschränkend, hat noch keine ungetheilte Antwort gefunden. Lehrreich, namentlich für den nur zu leicht zum Pessimismus geneigten deutschen Geist, ist die mitgetheilte Beurtheilung der Resultate der deutschen Arbeiterversicherung durch den Director des Office du Travail in Brüssel, Morisseaux, in dessen preisgekrönter Schrift: *„La législation du Travail“* (Brüssel 1895). Aus dieser könnte die deutsche Gesetzgebung neues Vertrauen zu dem alten *„errando discimus“* fassen; möge aber dieser Spruch nicht durch ein Verharren im Irrthum in sein Gegentheil umschlagen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

19. Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabriks- und Geschäftsgeheimniss.

Von Hans Schuler. I.-D. Zürich, Orell Füssli, 1895. 209 S.

Concurrence déloyale ist jede Veranstaltung eines Concurrenten, welcher ohne Anwendung einer Kraft die Kundschaft des Andern abzulenken und sich zuzuwenden strebt; sie ist lediglich eine Vermögensverletzung, ein Individualrecht ist nicht anzuerkennen. Die einzelnen vorkommenden Fälle scheiden sich in Herabsetzung eines Mitbewerbers, Anmassung fremder Unterscheidungszeichen zur Irreleitung des Publicums, Anmassung besonderer Auszeichnungen und Verletzung von Fabrik- und Geschäftsgeheimnissen. An diesen Fällen entwickelt der Verf. in ansprechender Weise die allgemeinen Principien der *Concurrence déloyale*. Die Materie hat für das deutsche Recht inzwischen eine von Schuler bereits als nothwendig erkannte gesetzliche Regelung erfahren; mit Recht bemerkt er, dass die ungeheure Häufigkeit der Fälle in der französischen Gerichtspraxis keinen durchschlagenden Grund abgebe, die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes aufzugeben; denn sie zeuge nur von dem lebhafteren Kampf um's Recht und von dem Vertrauen der betheiligten Kreise in den Schutz der Gerichte. Da es sich um Schäden des allgemeinen Verkehrslebens handelt, ist eine internationale Verständigung, welche im Urheberrecht ein Vorbild hat, wünschenswerth.

München. Dr. Leopold Menzinger.

Digitized by Google

20. Das Reichsgesetz,

betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.

Mit einer Einleitung über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Charakterisirung der neuen Gesellschaftsform erläutert. 3., vermehrte und wesentlich veränderte Auflage, bearbeitet von Dr. J. Liebmann, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. Von Th. Hergenhahn. Berlin 1895, Verlag von Otto Liebmann. XXXII und 164 S.

Der Commentar weist im Vergleiche zu der früheren Auflage eine wesentliche Kürzung der Gesetzesmaterialien auf neben einer genügenden Heranziehung der inzwischen erschienenen einschlägigen Literatur und der Praxis, stellt also nahezu eine vollständige Neubearbeitung dar. Die Anordnung des Stoffes wie die systematische Eintheilung wurden dagegen möglichst beibehalten. Der Versuch, durch Ueberschriften der Seiten das Auffinden der Materien zu erleichtern, konnte nur zum Theil glücken, da sich der Inhalt der Erläuterungen auf den einzelnen Seiten nicht immer in eine kurze Formel kleiden lässt. Dass mehrfach die Bemerkungen zu einer Reihe von Paragraphen zusammengefasst wurden, lässt sich systematisch wohl rechtfertigen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

21. Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen.

Von Dr. Georg Cohn, o. ö. Professor an der Universität Zürich. I. Allgemeiner Theil. Berlin 1896, Verlag von Otto Liebmann. VIII u. 95 S.

In dem Buche liegt ein eigenartiger, aber im Allgemeinen geglückter Versuch vor, unserer prosaischen Zeit die reiche Welt der alten deutschen Rechtssprichwörter in neuem Gewande wieder zurückzuerobern. Freilich musste Vieles frisch gedichtet und gereimt werden, da die Rechtsentwicklung nicht mehr in den Bahnen von damals wandelt, wo sie der nicht selten derbe Humor des Volkes commentirend begleitet hat. Nicht immer ist es dem Verfasser gelungen, im Geiste der Alten den jungen Spruch zu gestalten, mancher ist zu allgemein ausgefallen, als dass sein Rechtskern dem unbefangenen Hörer ohne Schwierigkeiten verständlich sein könnte; mancher hat zu viel Latein eingesogen, als dass er wirklich volksthümlich werden könnte. Aber sicherlich ist es richtig, dass ein leichter Scherz, ein Doppelsinn, ein scheinbarer Widerspruch, eine seltsame Wendung mitunter die Aufmerksamkeit schneller fesselt und zum Nachdenken lebhafter anregt als der strenge feierliche Ernst der Paragraphen, der dem bürgerlichen Gesetzbuche ja ohnedies in sehr hohem Grade eigen ist. Daher kann man das Erscheinen des Werkes nur begrüssen und der versprochenen Fortsetzung gerne entgegensehen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

Digitized by Google

22. Der Effectenterminhandel und die Börsenreform

mit besonderer Berücksichtigung des neuen Börsengesetzes für das Deutsche Reich vom 22. Juni 1896.

Von Heinrich Hoschke. Leipzig, Verlag von Raim. Gerhard. 1896. 271 S.

Abgesehen von der Einleitung, in welcher der Verfasser den Begriff des Effectenterminhandels entwickelt, und die daher nicht nur an der Spitze des ersten Theiles der Arbeit steht, sondern zugleich auch als Einleitung für die ganze Arbeit dient, theilt sich die vorliegende Arbeit in drei Theile, deren erster die Technik, der zweite die volkswirthschaftliche Bedeutung und der dritte die Reform des Effectenterminhandels zum Inhalt hat.

Zum Zwecke der Darstellung der Technik des Effectenterminhandels theilt der Verfasser vorerst jedes Geschäft, das sich aus zwei correspondirenden Handelsoperationen zusammensetzt (der Verfasser gebraucht hiefür das Wort „Handelsgeschäft" in dieser von ihm aufgestellten speciellen Bedeutung), in die folgenden vier Elemente: 1. Object (Waare oder Geld oder Creditpapier), 2. Ortsveränderung des Objectes, 3. Ueberlegung, Berechnung des Subjects, 4. Absicht (Zweck) des Subjects, und erörtert in eigenartiger, aber lebendiger Darstellung, stets an bestimmte Beispiele sich haltend und die einzelnen Speculationen der Betheiligten stets psychologisch erklärend, den (einfachen) Terminabschluss (S. 9 ff.), die Abrechnung (S. 24 ff.), das Differenzgeschäft (S. 30 ff.), die Prolongation (Report und Deport) (S. 36 ff.), das Prämiengeschäft sammt seinen Modificationen (S. 47 ff.), die Cursfeststellung (S. 59 ff.), die Arbitrage (S. 68 f.) und endlich als Anhang zwei „Missbräuche" der Speculation, „Corner" und „Schnitt" (S. 69 ff.). Es kann hier nicht auf die Einzelheiten der Darstellung des Verfassers eingegangen werden; es sei nur gestattet, Einzelnes hervorzuheben. Vor Allem sei erwähnt, dass der Verfasser mehrfach der Ansicht entgegentritt, dass der Effectenterminhandel, bei welchem nach seiner Meinung „erstlich das Capital, dann der gewöhnliche Scharfsinn, dann die blosse Thatsache des Theilnehmens und dann erst das Glück den Erfolg bestimmen" (S. 17, Note 3), ein blosses Spiel sei. Das Differenzgeschäft behandelt der Verfasser mit Rücksicht auf die ausführlichen Darstellungen in den zwei ersten Abschnitten über den (einfachen) Terminabschluss und die Abrechnung verhältnissmässig kurz. Er hält dafür, dass eine bessere Grundlage für die Rechtsprechung gewonnen würde, wenn man statt des Begriffes „Abschluss mit Differenzabsicht" überhaupt den Begriff einsetzen würde „die (ausdrücklich oder stillschweigend) im Vertrag liegende Absicht auf Ausschluss von Lieferung und Abnahme (selbstverständlich im Sinne des Vertrages liegend; nicht etwa, wenn ein Contrahent zu anderer Zeit für sich diese Absicht hegt). Dann würden sich diejenigen, welche jene Absicht ausserhalb des gesetzlichen Schutzes gestellt wissen wollen, durch die Entgegnung, die Differenz wolle doch schliesslich Jeder, nicht mehr verwirren lassen, denn sie würden sofort einsehen: diese beiden Begriffe decken

Digitized by Google

sich gar nicht" (S. 33). So liesse sich auch unterscheiden, ob der den Differenzeinwand Erhebende diese Absicht wirklich in den Vertrag legen wollte oder sie nur ausserhalb des Vertrages hatte. „Da aber dem den Einwand Erhebenden das Gegentheil seiner Behauptung kaum bewiesen werden kann, so dass er stets den Vortheil auf seiner Seite hat, da ferner damit die Rechtsprechung — gegen ihren Willen — den Contractbruch, ja sogar die Absicht des Contractbruches beim Abschluss selbst, in Schutz nehmen würde, so folgt . . . daraus, dass nur noch ausdrücklicher Ausschluss als Einwand berücksichtigt wird" (S. 33, vgl. S. 214). Rücksichtlich der Frage nach der Klagbarkeit, beziehungsweise nach der Zulässigkeit des Differenzeinwandes billigt Hoschke die Vorschrift des §. 69 des deutschen Börsegesetzes, wonach von demjenigen, welcher zur Zeit der Eingehung des Geschäftes in dem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, sowie von demjenigen, dessen Eintragung nach §. 68, Abs. 2 zur Wirksamkeit des Geschäftes nicht erforderlich war (d. i. von Personen, welche im Inland weder einen Wohnsitz, noch eine gewerbliche Niederlassung haben), ein Einwand nicht darauf gegründet werden kann, dass die Erfüllung durch Lieferung der Waaren oder Werthpapiere vertragsmässig ausgeschlossen war, indem hiedurch der vertragsmässige Erfüllungsausschluss nicht positiv verboten, andererseits es aber doch ermöglicht würde, „dass unter redlichen Speculanten die Erfüllung ohne gesetzliche Zuwiderhandlung ausgeschlossen werden kann" (S. 257).

Im zweiten Theile erörtert der Verfasser die volkswirthschaftliche Bedeutung des Effectenterminhandels, und zwar insbesondere für die Production im Allgemeinen (S. 125 ff.) und speciell der Effecten (S. 105 ff.), für die Consumtion der Effecten (S. 111 ff.), für die Preisbildung (Curs) der Effecten (S. 114 ff.), für die Capitalcirculation (S. 129 ff.), sowie für den internationalen Effecten- und Geldverkehr (S. 137 ff.). Die ursprüngliche Entstehung des Effectenterminhandels führt Verfasser im ersten Abschnitte dieses Theiles nicht auf ein volkswirthschaftliches Bedürfniss, sondern nur auf das Streben nach privatem, persönlichem Gewinne zurück (S. 78 f.), um dann im folgenden Abschnitte darzustellen, wie sich der Effectenhandel ohne Terminhandel wahrscheinlich gestalten würde (S. 83 ff.), womit Abschnitt 8 über die Wirkung des Effectenterminhandels auf die Betheiligung am Börsenhandel in Zusammenhang steht (S. 136 f.). Den Schlussabschnitt des zweiten Theiles widmet der Verfasser noch der localen Bedeutung des Effectenterminhandels (S. 146 f.), worauf als Anhang der Valutaterminhandel als Versicherung gegen die Valutaschwankungen folgt (S. 148 ff.).

Den dritten Theil der vorliegenden Arbeit bildet die Reform des Effectenterminhandels unter dem Gesichtspunkte der modernen Socialpolitik, wobei aber der Verfasser weit über den Kreis seines Themas hinausgeht, indem er in den Kreis seiner interessanten und anregenden Erörterungen fast alle Fragen der Börsenreform einbezieht.

Digitized by Google

Von ganz besonderem Interesse sind die Vorschläge des Verfassers über die Art, wie eine Börsenreform ausgeführt werden soll. Unter Hinweis auf die 1890 von deutscher Seite nach Berlin einberufene internationale Arbeiterschutzconferenz schlägt er auch zur Lösung der verschiedenen auf dem Gebiete der Börsenreform auftretenden Fragen eine internationale Conferenz vor, um so die eventuelle Schädigung des Börsenverkehrs eines einzelnen Staates durch einseitige Reform bei unveränderten Zuständen in anderen Staaten zu verhindern. Im Besonderen spricht sich der Verfasser hier wie schon an den einschlägigen Stellen früherer Abschnitte gegen die — kaum durchführbare — Beseitigung des Zeithandels, gegen die Abschaffung des Effectentermingeschäftes und gegen die Abänderung des Ultimotermines aus.

Der Inhalt des letzten Abschnittes des dritten Theiles bildet eine Besprechung des neuen Börsengesetzes für das Deutsche Reich vom 22. Juni 1896, aus welcher insbesondere der Abschnitt über das Börsenregister und den Differenzeinwand und jener über das Ehrengericht hervorzuheben sind, und als Anhang folgt eine kurze Berücksichtigung des Waarenterminhandels.

Die Arbeit ist in interessanter und anregender Weise, lebhaft und frisch geschrieben, geht aber doch tief ein auf den Geist der einzelnen Geschäfte, auf die wirthschaftlichen und psychologischen Erscheinungen und Motive, welche den Börsenverkehr und die Speculation begründen und stützen.

Wien. **Dr. Fr. Pollitzer.**

---

23. Das Gesetz vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195, über die Effecten-Umsatz-Steuer.

Für die praktische Anwendung dargestellt von Dr. Paul Hammerschlag, Vice-Director des Wiener Giro- und Cassenvereins. Wien 1897, Manz'scher Verlag. VI und 179 S.

Ein kurzlebiges Product der österreichischen Legislative, das Gesetz über die Effectenumsatzsteuer vom 18. September 1892, ward nach kaum einem Lustrum seines Bestandes eingesargt: zu neuem, im Steuerertrage kraftvollerem Leben, wie allgemein verheissen und erwartet wurde, sollte es erstehen in dem die gleiche Steuer-Materie regelnden Gesetze vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195. Derselben Gebührenpolitik entstammend, die das begrabene Gesetz erzeugte, dient diese neue Legislation nur in zweiter Linie der Beseitigung mancher praktischer und juristischer Missstände, welche die Handhabung des alten Börsensteuerrechtes ergab. In erster Reihe aber gilt es offenbar der ganz unvermittelten, wenig schonungsvollen, ja leidenschaftlichen, weil einem politischen Schlagworte nachgebenden, ganz exorbitanten Erhöhung der Börsensteuer auf ihren fünffachen Betrag! Ob dieser ebenso impulsive, als empfindliche Eingriff in den Organismus des Effectenmarktes, ob die damit erhoffte Befriedigung des fiscalischen Interesses sich steuer-

Digitized by Google

politisch bewähren und bei der Erschwerung, ja Lähmung einzelner Formen des kleinen Zwischenhandels, die er mit sich bringt, auch ziffermässig das erfüllen wird, was mit demselben intendirt war, ist ernsten Zweifeln wohl kaum entrückt.

Das neue Gesetz im Vergleiche mit dem durch dasselbe beseitigten Gesetze aus dem Jahre 1892, entspringt keinem neuen gesetzgeberischen Gedanken. Im Wesentlichen wurde nur in Details nachgebessert, Lücken wurden ausgefüllt, Controversen erledigt und manche technische Erfahrungen, die man bei der Handhabung des alten Gesetzes gemacht, fanden geeignete Verwerthung. Nur nebenbei wurde auch einzelnen zwingenden Forderungen des juristischen Bewusstseins Rechnung getragen, wie z. B. mit dem nunmehrigen Zugeständnisse der Börsensteuerfreiheit an die amtlich bestellten Handelsmäkler (Sensale), die ja beruflich und von Gesetzeswegen nur den fremden Effectenumsatz vermitteln, ohne selbst und im eigenen Namen dessen Träger zu sein und sein zu dürfen. In diese Kategorie der juristischen Verbesserungen fällt beispielsweise ferner die Zulassung der von dem früheren Gesetze perhorrescirten Ermässigung, ja Nachsicht der drakonischen Steuerstrafen für jene Fälle der unterlassenen Steuerentrichtung, in welchen *dolus* nicht vorliegt, u. a. m.

Durch diese Beschaffenheit des neuen Gesetzes war auch dem Verf. des in der Ueberschrift genannten und neuerdings in hohem Masse anzuerkennenden Buches (vgl. das Referat über dessen Schrift betreffend das 1892er Gesetz in Bd. XX dieser Zeitschrift, S. 599) die Art seiner in erster Linie für den praktischen Gebrauch bestimmten Darstellung vorgezeichnet: er durfte mit gutem Grunde die bewährte Anlage seiner früheren Arbeit und die Methode seiner Darstellung beibehalten. Bildet sie doch das erfreuliche Ergebniss einer Combination seiner juristischen Begabung und Schulung mit jenen reichen Kenntnissen und Erfahrungen, die er, wie kaum ein zweiter, in seiner Eigenschaft als Bankfachmann täglich und stündlich zu sammeln in der Lage war, und zwar in seiner leitenden Stellung beim Wiener Giro- und Cassenverein, d. i. jenem Institute, welches als Vertrauensorgan der österreichischen Finanzverwaltung an der praktischen Handhabung des Börsensteuergesetzes seit der Einführung desselben in amtlicher Function dauernd mitgewirkt hat.

In einzelnen Punkten seiner Arbeit, wo die Veranlassung zu theoretischer Erörterung gegeben war, gelangte Dr. Hammerschlag gegenüber der ersten Bearbeitung dieses Stoffes zu mehrfachen Verbesserungen. So beispielsweise, was die Darlegung der Requisite des „Umsatzes“ betrifft, wobei der Verf. sich selbstverständlich die — oft inconsequenten — Verfügungen des positiven Gesetzes anzueignen hatte, ohne sich den wissenschaftlichen Criterien des rein wirthschaftlichen Umsatzes anpassen zu dürfen. In seiner Auffassung über die Besteuerung des Commissionsgeschäftes hat sich Dr. Hammerschlag nunmehr den aus der rechtlichen Natur des Commissionsgeschäftes abgeleiteten Anschauungen des Referenten (s. Bd. XX, S. 601 und XXI, S. 612

Digitized by Google

dieser Zeitschrift) und der vortrefflichen Arbeit von Korn „Die Rechtsgeschäfte des Effectenverkehrs und die österreichische Effectenumsatzsteuer", Berlin 1895, angeschlossen — dies freilich nur mehr zur Salvation seines juristischen Gewissens. Denn die nach dem 1892er Gesetze noch strittige Frage der Doppelbesteuerung des Commissionsgeschäftes durch Annahme eines zweifachen steuerpflichtigen Umsatzes, — nämlich des zwischen dem Commissionär und dem Dritten abgeschlossenen „Ausführungsgeschäftes" und des zwischen dem Commissionär und dem Committenten zustande kommenden „Abwicklungsgeschäftes" — wurde mittlerweile durch §. 1, Abs. 5 des neuen Gesetzes, conform mit der deutschen Gesetzgebung, auch für die österreichische Börsensteuer ausdrücklich im Sinne dieser Doppelbesteuerung erledigt.

So empfehlen wir denn die von grossem Fleisse, tiefer Sachkenntniss und einem eminenten Sinne für die Bedürfnisse der einschlägigen Praxis zeugende Arbeit des Verf. neuerdings den betheiligten Fachkreisen. Das Buch, welches auch den vollständigen Text des Gesetzes, der dazu gehörigen Durchführungsverordnung, sowie der zur Anwendung dieses Gesetzes erflossenen besonderen Ministerial-Instruction enthält, ist ein durchaus vertrauenswürdiger, sicherer und darum äusserst schätzenswerther Führer auf einem der schwierigsten Gebiete des österreichischen Gebührenrechtes.

Wien. Dr. Leopold Sternlicht.

24. Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen

vom 27. Mai 1852, R.G.Bl. Nr. 117, und das Pressgesetz vom 17. December 1862, R.G.Bl. 1863, Nr. 6, sammt den ergänzenden und erläuternden Gesetzen und Verordnungen unter Anführung einschlägiger Beschlüsse und Entscheidungen des Obersten Gerichts- und Cassationshofes.

(Taschenausgabe der österreichischen Gesetze, Bd. IV.)

18. Auflage. Wien 1897, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 845 S.

In der Reihe der bekannten und beliebten Gesetzesausgaben der Manz'schen Verlagshandlung nimmt der vorliegende Band eine erste Stelle ein. Denn vor Allem fällt die Reichhaltigkeit und Vollständigkeit dieser Ausgabe des Strafgesetzbuches in die Augen. Alle einschlägigen Nebengesetze, alle mit der Strafgerichtsbarkeit irgend zusammenhängigen Reichs- und Landesgesetze, alle hiezu gehörigen Verordnungen und sonstigen behördlichen Erlässe, so insbesondere das neue Gesetz über das Urheberrecht, dann die strafrechtlichen Bestimmungen unserer neuen Steuergesetzgebung und des Patentgesetzes etc. sind in diesem stattlichen Bande vereinigt. Ueberdies bietet diese Ausgabe auch noch den besten, werthvollsten Judicaten-Commentar durch die Mittheilung aller diesen Rechtsstoff betreffenden Entscheidungen und Beschlüsse des k. k. obersten Gerichts- als Cassationshofes in der Form der Aneinanderreihung der aus diesen Entscheidungen in durchaus wissenschaftlicher Formulirung abstrahirten Rechtssätze.

Digitized by Google

Die vorliegende Ausgabe des Strafgesetzbuches, mit der wohl keine andere zu concurriren vermag, ist in erster Reihe das Verdienst Sr. Excellenz des k. k. General-Procurators am Cassationshofe, Leopold Ritter von Cramer, der diesem Buche seine grosse Autorität, verbunden mit der vollen Hingebung an den bearbeiteten Stoff, geliehen, und der überhaupt als Erster in die vielverbreiteten Manz'schen Gesetzesausgaben die Gestalt des die praktische Anwendung ebenso wie die Fortentwicklung der Theorie fördernden Judicaten-Commentars eingeführt hat. Auch diesmal wird ihm die Fortsetzung dieser Gesetzeserläuterungen durch die Aufnahme und Verarbeitung von mehr als 500 neuen Cassationsentscheidungen verdankt. Ihm zur Seite bemühte sich um die neue Auflage Oberlandesgerichtsrath Lorenz, der seine Aufmerksamkeit vorwiegend den strafrechtlichen Nebengesetzen gewidmet hat. Dem vorliegenden Bande bleibt auch in seiner neuen Gestalt der alte, bewährte Erfolg gesichert.

Wien. Dr. Leopold Sternlicht.

25. Handbuch für die civilgerichtliche Thätigkeit der k. k. Bezirksgerichte.

Nach den neuen Processgesetzen bearbeitet von Dr. Karl Frühwald, k. k. Landesgerichtsrath in Wien. Wien 1897, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. X, 652 S.

In dem Augenblicke, da diese Zeilen die Presse verlassen, hat sich bereits jenes für die österreichische Justizpflege epochale Ereigniss vollzogen, welches mit dem Beginne der Wirksamkeit der neuen österreichischen Civilprocessgesetze und dem Termine ihrer Activirung — 1. Jänner 1898 — verknüpft ist. Die grundstürzenden Reformen im Civilprocessverfahren, in der Executionsordnung, in der Gerichtsorganisation und der Geschäftsordnung für die Gerichte — sie haben eine kleine Revolution hervorgerufen im Richter- und Anwaltstande, die ja mit einer mehr als hundertjährigen Praxis aufzuräumen, mit inveterirten Gewohnheiten zu brechen, modernen Rechtsprincipien, neuen technischen Veranstaltungen und Kanzleieinrichtungen sich anzupassen und einen neuen processualen Geist in sich aufzunehmen haben. Mit diesem Wendepunkte verknüpft sich auch vielfach die Besorgniss, es werde insbesondere in der Zeit des Ueberganges und gar unter der aus den Uebergangsbestimmungen sich ergebenden zeitlichen Herrschaft zweier verschiedener Gesetzescomplexe, des abolirten und des neuen, ein für die Justizpflege gefährlicher, ja chaotischer Zustand in die Räume der Civilgerichtspflege einziehen. Wir vermögen diese Befürchtungen keineswegs in dem Masse zu theilen, wie sie die über Gebühr ängstlichen Gemüther jener *laudatores temporis acti* beunruhigen, die eben gegenüber unserer ehrwürdigen Gerichtsordnung vom Jahre 1781, der sie noch immer mit schwärmerischer Begeisterung anhängen, das Trennungswehe nicht zu verschmerzen vermögen.

Digitized by Google

Dass auch in diesem Falle aller Anfang schwer sein wird, mag unbestritten bleiben. Es gilt aber auch hier, so manches Widrige zu überwinden und insbesondere jener *vis inertiae* Herr zu werden, die in dem natürlichen Beharrungsvermögen so mancher patriarchalischer Juristen wurzelt.

Dankbar muss es nun aufgenommen werden, wenn literarische Bestrebungen diese Arbeit unterstützen, diesen Kampf mildern. Behelfe, welche es dem Richter erleichtern, in die grossen Aufgaben, die seiner harren, einzutreten und ihnen so rasch als möglich gerecht zu werden, sind freudig zu begrüssen. Der Verf. des vorliegenden Buches, Landesgerichtsrath Dr. Karl Frühwald, hat schon aus Anlass mehrfacher früherer Publicationen sein richtiges Gefühl für das gezeigt, was der Praxis frommt, und sein Geschick für die zweckmässige Art der Bearbeitung von Gesetzesmaterien bethätigt, mit denen sich die tägliche Rechtsübung zu beschäftigen hat. Er hat dies auch in der vorliegenden Arbeit bewährt, welche bestimmt ist, die civilrechtliche Thätigkeit der Bezirksgerichte durch ein geeignetes Handbuch zu unterstützen. Dieses Handbuch fasst jenen Processrechtsstoff — und zwar ausschliesslich Gesetzestext — zusammen, mit welchem unsere Bezirksgerichte bei Ausübung ihrer civilgerichtlichen Amtsthätigkeit fortan sich zu beschäftigen haben werden. Das Verdienst des Autors liegt nun vorwiegend in der von seinem praktischen Blicke geleiteten Anordnung und Gruppirung dieses Stoffes. Er fasst in anerkennenswerther Uebersichtlichkeit das zusammen, was aus dem Complexe der einzelnen Vorschriften zusammengehört, so dass die Orientirung über den gesammten neuen Rechtsstoff sicher und leicht zu gewinnen ist. Diesem Zwecke dienen neben drei sehr aufmerksam gearbeiteten Registern auch wesentlich die Marginalien, mit denen der Autor sein Buch ausgestattet hat, und welche in zutreffenden Schlagworten es dem Leser erleichtern, sich in dem Buche und damit auch in der Materie zurecht zu finden, die ihn beschäftigt.

Das vorliegende, in Papier und Druck übrigens musterhaft ausgestattete Buch wird bei Gericht sowohl, wie in den Advocatenkanzleien ein kaum entbehrliches Handbuch bilden und als ein sehr empfehlenswerthes, weil zweckmässiges Hilfsmittel für die bezirksgerichtliche Praxis verdiente Anerkennung finden.

Wien. **Dr. Leopold Sternlicht.**

Redactionelle Notiz.

Auf Ersuchen des Herrn Dr. Landesberger, Verfassers der in dieser Zeitschrift, Bd. XXIV, S. 575—610, erschienenen Abhandlung: „Der österreichische Cartellgesetzentwurf", constatirt die Redaction mit Hinblick auf die im October 1897 erfolgte Wiedervorlage dieses Gesetzentwurfes im Reichsrathe, dass Herr Dr. Landesberger das Imprimatur für die genannte Abhandlung schon Anfangs September 1897 ertheilt hat.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien.

Digitized by Google

anders von dem Moment an, wo er die Räumlichkeiten zu dem gewerblichen Zwecke verwendet.

Dem gewerblichen Betriebe steht es natürlich auch nicht entgegen, dass der Betrieb sonst regelmässig auf andere Production gerichtet ist, sich aber ein- oder das anderemal auf eine Patentsache legt; ebensowenig steht ihm im Weg, dass eine bestimmte Thätigkeit nur die Vorbereitung und das Medium der gewerblichen Hauptthätigkeit ist; so, wenn Jemand einen Steinbruch betreibt, um daraus das Material zu gewinnen für den unternommenen Wegbau; oder eine Gasanstalt, um das Gas für seine Fabrik zu bereiten, oder einen elektrischen Betrieb für die Beleuchtung seiner Fabriksräume.[1])

Daraus ergibt sich aber folgendes. Auch gewerblich und Gewerbe muss in weiterem Sinne verstanden werden. Es ist für das Patentrecht gleichgiltig, ob es sich um ein lucratives oder nicht lucratives Gewerbe handelt; wer eine Production aus lediglich philanthropischen Gründen betreibt, unterliegt auch den Verordnungen des Patentrechtes und dem Rechte des Patentträgers — das ist selbstverständlich; das Gewerbe ist nicht nothwendig lucratives Gewerbe.

Auch dann liegt ein Gewerbe vor, wenn ein Verein lediglich für seine Mitglieder producirt, vorausgesetzt, dass der Verein kein Privatverein, d. h. kein Verein mit fest geschlossener, beschränkter Mitgliederzahl ist. Es kommen hier ähnliche Grundsätze in Betracht, wie bei der öffentlichen Aufführung von Musik- und Theaterwerken.[2])

So insbesondere die Anwendung einer Erfindung durch einen Consumverein, einen Beamtenverein, durch eine für die Mitglieder des Vereines bestimmte Cantine, durch einen Leseverein, ein Museum, einen Spielclub.

Entsprechend muss aber dem Gewerbe in diesem Sinne auch eine solche Thätigkeitsform eingegliedert werden, welche nicht der Privatthätigkeit, sondern der Staatspflege, der Pflege der öffentlichen Wohlfahrt angehört und von der öffentlichen Ver-

[1]) Die Frage, ob ein solcher lediglich interner Betrieb ein Gewerbebetrieb ist, der für die Einkommensteuer in Betracht kommt, ist eine andere Frage; überhaupt lassen derartige Fragen nicht eine einheitliche Lösung zu. Vergl. die Entscheidung des Preuss. Oberverwaltungs-Gerichtshofes in Kamptz, Rechtsprechung des Oberverwaltungs-Gerichtshofes, II, S. 145.

[2]) Arch. f. Civ. Praxis, Bd. LXXXV, S. 390 f.

Digitized by Google

waltung vorgenommen wird; sie hat mit dem Gewerbe gemein die Massenbenützung zur Erreichung vielseitiger Vortheile. Wenn ein Privatarmenhaus oder eine von Philanthropen gegründete und unterhaltene Bibliothek, eine von Philanthropen gegründete öffentliche Waschanstalt oder Wärmehalle dem Patentrechte untersteht, so auch eine staatliche Bibliothek oder eine communale Wärme- oder Suppeneinrichtung; wenn eine durch Private eingerichtete Massenbeleuchtung sich nach den patentrechtlichen Bestimmungen richten muss, so auch eine communale Massenbeleuchtung, u. s. w.[3])

Mit einem Worte: gewerbsmässig oder gewerblich steht im Gegensatze zum Privaten, Individuellen; ein gewerblicher Gebrauch ist ein jeder Gebrauch, der sich nicht auf die Sphäre des Einzelnen oder der Familie beschränkt, sondern die Sphäre der Allgemeinheit betrifft, ohne Rücksicht darauf, ob der Gebrauch durch Private oder durch die öffentliche Gesellschaft geschieht, und ob der Gebrauch zur bestimmungsgemässen Thätigkeitsform der öffentlichen Gesellschaft gehört oder nicht.

Daher ist gewerblich auch der Gebrauch der Beleuchtung auf einer privatlich oder communal organisirten Ausstellung, gewerblich ist auch der Betrieb, der gelegenheitlich eines momentan entstehenden Staatsbedürfnisses stattfindet, z. B. gelegentlich einer Hungersnoth, zur Steuer eines Unfalls oder gelegentlich eines Krieges. Auch der Gebrauch in Vorbereitung des Krieges, der Gebrauch zur Einübung der Mannschaft, der Gebrauch bei den Manövern ist ein gewerblicher Gebrauch in diesem Sinne.

Gewerblich ist daher auch der Gebrauch in den Bureaux des Staates, also z. B. der Gebrauch eines Telephons, einer Schreibmaschine, eines Stempels, eines Vervielfältigungsapparates, der Gebrauch hygienischer Tische und Bänke[4]); der Gebrauch einer bestimmten Art von Regalen u. s. w.[5])

[3]) Bezüglich dieser Frage vergleiche auch die Verhandlungen im Vereine für gewerblichen Rechtsschutz, III, S. 169 f.; Schanze im Sächs. Arch. f. bürgerliches Recht, V, S. 501 f., S. 650 f.

[4]) Anders, wenn sich etwa ein Hämorrhoidarius seinen eigenen Stuhl auf's Bureau nähme oder mit seiner eigenen Feder schriebe.

[5]) Dass der Staatsgebrauch dem Patente unterliegt, ist in der amerikanischen Praxis oft ausgesprochen worden; vgl. Myer, *Federal decisions*, XXV, §. 1340 f.; ebenso den Gebrauch durch eine Stadt, ib., §. 1374 f.

Digitized by Google

Dieser Gebrauch ist gewerblich, auch wenn es sich nicht um Anstalten wie Post und Eisenbahn handelt, oder um Staatsfabriken zur Herstellung von Gewehren oder Pulver, also um Functionen der Staatspflege, die auch von Privaten erfüllt werden könnten, sondern um ausschließlich staatliche Functionen, wie um die Justizpflege und die Verwaltung. Auch in den Justizräumen darf man keine patentirte Schreibmaschine unbefugt benützen, und die Centralheizanlagen für den Schwurgerichtssaal, der Aufzug für die im obersten Stock befindlichen Kanzleien sind ebenso gewerbliche Anlagen, wie das Telephon der Staatsanwaltschaft oder das Fahrrad, dessen sich die Polizei bedient, oder die Methode der chemischen Schriftprüfung, nach welcher der Gerichtschemiker arbeitet, oder der Thürverschliesser an der Gerichtspforte und das Actenregal der öffentlichen Behörde.[6])

Das Gleiche muss gelten von öffentlichen Observatorien, etwa von astronomisch-meteorologischen Observationsanstalten, von öffentlichen Untersuchungen durch Staats- wie Communalbehörden, von einem Verfahren bei der öffentlichen Bacillenuntersuchung, überhaupt von den Thätigkeitsformen, welche die Hygiene und Gesundheitspflege betreffen.

Ebenso gehören die Thätigkeitsformen in öffentlichen Kirchenanstalten hieher, soweit sie in das patentirte Bereich eingreifen können; so wenn jemand eine besondere Art von Beichtstuhl construirte, in der Art, dass die Umstehenden nichts hören können, oder eine besondere akustische Vorrichtung für die Kanzel oder eine neue Orgelconstruction oder eine neue Construction der Kirchenstühle oder eines Baldachins oder die Construction eines Leichenwagens oder eine neuen Einrichtung der Gräber — alles dies wäre dem Erfinder vorbehalten, und es wäre Patentverletzung, diese Erfindungen in kirchlichen Gebrauch zu nehmen, ohne dessen Licenz einzuholen: denn der Gebrauch ist nicht ein privater, es ist der Gebrauch der Gemeinde, der Gebrauch der öffentlichen kirchlichen Anstalt.

Die bekannte Frage, ob die der Beerdigung entsprechende reale Function als kirchliche Function aufzufassen ist, oder ob

---

[6]) Unrichtig das Oberlandesgericht Naumburg, 15. Dec. 1892, Patentbl. 1893, S. 230f.

Digitized by Google

sie der Gegenstand eines jedem zustehenden Gewerbes sein kann [7]), kommt hier gar nicht in Betracht. Nicht das ist das Wesentliche: wesentlich ist, dass eine Thätigkeit über die Sphäre des Privaten, Vertrauten hinausgeht, dass sie der Oeffentlichkeit zukommt. Der Erfinder hat kein Recht, das private Leben, er hat aber ein Recht, das öffentliche Leben zu beherrschen. Daher ist dem Erfindungsschutz auch unterthan, was bei öffentlichen Versammlungen, auch was bei Parlamenten gebraucht wird, z. B. Bänke und Stühle, akustische Vorrichtungen, ein Apparat, um die Abstimmung zu markiren u. s. w.

Auch bei der Thätigkeit des Arztes und des Advocaten gilt der Unterschied des Privaten und Oeffentlichen. Die Thätigkeit des Arztes ist, soweit es sich um die Beschäftigung mit dem einzelnen Patienten handelt, keine gewerbliche [8]); zwar ist der ärztliche Beruf ein höheres Gewerbe, aber er ist es patentrechtlich nur im ganzen, nicht in seinen einzelnen Thätigkeiten; er ist es nur insoferne, als sich der Arzt in thesi einem jeden zu Gebote stellt und sein Gesammtthun eine gewisse Technik verräth; er ist es nicht, soferne sich der Arzt mit seinem einzelnen Patienten, z. B. der Hausarzt mit seinem Kranken befasst. Anders ist es, wenn die Allgemeinheit ärztlicher Thätigkeit in der Art der Ausübung hervortritt, so in einer Klinik, wo zugleich die Sorge für eine Vielheit von Menschen nebst der ärztlichen Oberleitung ein besonderes technisches Walten und eine Menge manueller Thätigkeitsformen erheischt; so in einem Sanatorium, so in einer orthopädischen Anstalt; wobei es gleichgiltig ist, ob es sich um einen gelehrten Arzt oder um eine Naturheilanstalt handelt.

Dieser Unterschied zwischen der einzelnen ärztlichen Thätigkeit und der ärztlichen Collectivthätigkeit wird vielleicht Anstoss erregen; man wird mir entgegenhalten, dass anderwärts nicht so unterschieden wird, dass ein Handwerk auch in seiner intimeren Function als gewerblich gilt; man wird fragen, warum es sich bezüglich des Arztes anders verhalten soll. Warum ist die Privatpraxis des Arztes, der den orthopädischen Schuh verordnet, im Einzelnen nicht gewerblich, wohl aber die Praxis

[7]) R. G. 28. Jänner 1889. Entsch. Civils. XXIII, S. 22.

[8]) Natürlich gilt die Erörterung für das Bereich des Patentrechts; in anderer Hinsicht ist das Thun des Arztes sicher gewerblich.

Digitized by Google

des Handwerkers, der einen orthopädischen Schuh fertigt? Hier aber tritt der Gegensatz der geistigen Thätigkeit hervor: Das Thun des geistigen Arbeiters ist individuell, ist gebaut auf die Durchdenkung und geistige Verarbeitung des einzelnen Falles, und diese individuelle Weise hebt das einzelne Thun aus der Sphäre der Gesammtthätigkeit heraus, in welcher allerdings schliesslich gewisse allgemeine Grundsätze walten und dem Gesammtthun ein gewerbliches Gepräge geben; was aber nicht hindert, dass in der Einzelausübung sich das Individuum zur Geltung bringt. Beim Handwerk ist das nicht in dieser Weise der Fall; die Individualität beim Handwerk kann mehr oder minder hervortreten, ist aber in thesi eine beschränkte. Darum kommt beim Arzte der gewerbliche Inhalt der Gesammtthätigkeit patentrechtlich nur dann zur Geltung, wenn sie sich in einer Anstalt, einer Klinik u. dgl. kundgibt, wo die individuelle Seite hinter der Technik, der Einzelfall hinter den für die „Fülle der Fälle" geschaffenen Einrichtungen zurücktritt.

Was aber die Advocatur betrifft, so ist alles, was die Information und das Studium der Sache angeht, privat. Wenn sich z. B. der Advocat bei der Information der Parteien eines patentirten Lehnstuhles bedient oder die Clienten in seinem Privatcabinet mit patentirter elektrischer Beleuchtung empfängt, so ist von einer gewerblichen Benützung keine Rede; ebenso auch dann nicht, wenn er sich zu seinen Concepten eines patentirten Federhalters oder einer Schreibmaschine bedient. Anders alles, was in der Schreibstube vor sich geht; anders die Thätigkeit des Advocaten vor Gericht; so, wenn er sich bei gerichtlichen Eingaben eines besonderen Papiers, einer besonderen Tinte bedient, so wenn er etwa ein Convolut Actenstücke in einem patentirten Einbande überreichen wollte.[9])

Analoges gilt bezüglich des Unterrichtes: Der Privatunterricht kommt nicht in Betracht und die Benützung beim Privatunterrichte ist nicht gewerblich, auch wenn der private Unterricht mehr als einem Zögling ertheilt wird. Anders ist es, wenn der Unterricht öffentlich ist; öffentlich nicht etwa blos

[9]) Was dem persönlichen Gebrauche dient, ist nicht gewerblich, wenn auch bei Gelegenheit einer öffentlichen Thätigkeit; so wenn der Advocat hiebei eine patentirte Brille trägt, oder sich eines patentirten Hörrohres bedient. Es bedarf übrigens auch hier keiner Hervorhebung, dass die Erörterung nur für das Patentrecht gilt.

Digitized by Google

im Sinne einer öffentlichen Demonstration, bei der in thesi jeder Zutritt hat, sondern auch öffentlich in dem Sinne, dass er darauf angelegt ist, eine Vielheit von Zöglingen ohne individuelle Begründung aufzunehmen. Daher ist gewerblich ein jeder Sachgebrauch, der dem Unterrichte im öffentlichen wie im Privatinstitute anheimgegeben ist, der Gebrauch der besonderen Sitzbänke, der Schreibtafel, des Planetariums, der Gebrauch von Werkzeugen der chemischen Demonstration oder der Gebrauch eines Skioptikons oder die Benützung der Geräthe in der Anatomie oder im physiologischen Laboratorium. Es bedarf nicht der besonderen Hervorhebung, dass natürlich nur der Gebrauch der Erfindung vorbehalten ist, nicht die blosse Demonstration der Erfindung.[10]) Wer ein Telephon erklärt, benützt es nicht, wer ein chemisches Verfahren erklärt, benützt es nicht: natürlich darf er, wenn unwillkürlich, d. h. gegen die Absicht, sich hiebei taugliche Producte ergeben, sie nicht verwenden, er hat sie zu vernichten: es ist dann ebenso, wie wenn Jemand ein Verfahren nur zu dem Zwecke darstellen wollte, um zu bekunden, dass es ein schlechtes Verfahren ist und nicht zum Ziele führt: die thatsächliche Kritik einer Erfindung ist keine Benützung derselben.

Auch das ist hier kein Gebrauch der Erfindung, wenn Jemand dieselbe im Laboratorium darstellt, um sie zu studiren, um sie in ihrem technischen und wissenschaftlichen Einzelheiten kennen zu lernen, auch wenn dieses Studium zu dem Zwecke stattfindet, um eine neue Methode zu entdecken, oder die Erfindung zu verbessern.[11]) Es ist ein Gebot des Fortschrittes, dass ein Verfahren als Versuchsstadium für ein anderes Verfahren benützt werden darf. Anders natürlich, wenn das Patent dahin ginge, den Stoff *a* herzustellen, und jemand im öffentlichen Laboratorium den Stoff *a* herstellt, um (nicht das Verfahren, sondern) diesen Stoff *a* objectiv (ohne Rücksicht auf das Verfahren) zu untersuchen, oder um mit ihm neue Experimente für weitere technische Vervollkommnung zu machen. Er darf den Gegenstand *a* herstellen, um das Herstellungsverfahren zu erproben und die Beziehung des Gegenstandes *a* zu dem Verfahren darzulegen, nicht aber, um den Gegenstand *a*,

[10]) Siehe schon Patentrecht, S. 105.

[11]) Vgl. auch L. G. Berlin, Strafkammer, 14. Nov. 1881, Patentbl. 1882, S. 35.

Digitized by Google

losgelöst vom Verfahren, in seinen Eigenschaften zu erproben, z. B. als hygienisches Mittel, als Farbmittel oder als Mittel, die Gährung zu erregen. Dafür hat er den Stoff *a* vom Erfinder zu beziehen.

Auch des Künstlers Thätigkeit hat ihre gewerblichen Seiten. An sich ist das Thun des Malers kein gewerbliches, und wenn er sich eines patentirten Pinsels bedient, so ist das kein gewerblicher Gebrauch, oder wenn die Farben eine patentirte Zusammensetzung haben oder seine Gliederpuppen nach patentirtem Muster construirt sind. Ebenso, wenn der Musiker auf einem patentirten Instrumente übt. Wohl aber wird die Sphäre des Gewerblichen mit dem Moment betreten, wo der Künstler ein öffentliches Unterrichtsinstitut, ein Conservatorium hält oder eine öffentliche Aufführung veranstaltet. Das Privatgemälde bleibt allerdings privat, auch wenn es öffentlich ausgestellt wird; würde man aber bei einer Specialausstellung der Gemälde patentirte Apparate, z. B. eine elektrische Beleuchtung, benützen, so wäre dies gewerblich. Das Gleiche wäre aber auch anzunehmen, wenn ein Künstler für ein öffentliches Denkmal arbeitete oder die Façade eines öffentlichen Gebäudes malte: das wäre eine principiell in die Sphäre der Oeffentlichkeit tretende, dem Publicum dienende und darum gewerbliche Thätigkeit; was auch schon in der Anpassung an die öffentliche Anlage und öffentliche Einrichtung zum Vorschein hommt.

Man mag hienach ermessen, ob man im österreichischen Gesetze recht daran gethan hat, in §. 8 statt des Ausdruckes „gewerblich" den Ausdruck „betriebsmässig" zu gebrauchen. Der Ausdruck hat in den Vorarbeiten des ungarischen Gesetzes eine grosse Rolle gespielt[12]), wo man übrigens den grossen Lapsus beging, die Anstalt eines Oekonomiebetriebes als nicht gewerbsmässig zu erachten. Der Ausdruck „betriebsmässig" ist auch passend, soferne er richtig verstanden wird; jedenfalls ist er treffender als die ungarische Bezeichnung „gewerbsmässig oder als Betriebsanlage", denn dies bringt unwillkürlich die Färbung hinein, als ob es sich nur um eine Anlage im Grossbetrieb handeln könne.

---

[12]) Vgl. Deutsch in der Oesterr. Z. f. gewerbl. Rechtsschutz, I, S. 81 f.; Schanze, a. a. O. S. 654 f.

Digitized by Google

Der Sprachgebrauch des österreichischen Gesetzes führt aber innerlich zu keinem anderen Resultate als der des deutschen, und es ist daher trotz des verschiedenen Wortlautes die so wünschenswerthe Einheit der Grundlage für die wissenschaftliche und praktische Bethätigung gewahrt.

§. 2. Patentbesitz.

Eine Art von Patentbesitz gibt das neue österreichische Gesetz in den hervorragenden Bestimmungen der §§. 28 u. 29, wonach, wenn das Patent dem Rechte eines Dritten zum Opfer fällt, die redlich erworbenen Licenzrechte bestehen bleiben sollen, sofern sie seinerzeit eingetragen wurden und schon ein Jahr eingetragen sind: also eine Art Tabularbesitz auf Grund der *tabula* und eines einjährigen Habens oder Eingetragenseins.

Dies tritt hervor:

1. wenn das Patent fällt, weil die Erfindung bereits früher patentirt worden ist, oder weil eine frühere Anmeldung patentirt wird;

2. wenn es fällt, weil das Patent zu Gunsten des wahren Erfinders oder des in ungeeigneter Weise verdrängten Erfindungsbesitzers aberkannt wird.

In beiden Fällen handelt es sich also um eine Patentvindication; um eine Patentvindication zu Gunsten dessen, dem das richtige Patent ertheilt worden ist, und um eine Patentvindication zu Gunsten dessen, dem das richtige Patent hätte ertheilt werden sollen.

Dieser Vindication gegenüber bleiben nun die durch einen einjährigen Tabularbesitz gesicherten Licenzrechte bestehen, sofern sie redlich erworben sind, d. h. erworben sind ohne Kenntniss des mangelnden Rechtes und ohne eine an diese Kenntniss streifende grobe Fahrlässigkeit.

Diese Licenzrechte bleiben also bestehen, ganz ähnlich, wie wenn etwa der Miether dem siegreichen Vindicanten gegenüber in der Wohnung bleiben dürfte.

Damit ergibt sich von selbst Folgendes:

Beruht die Licenz auf einem Kauf, indem der Patentträger, der die Licenz ertheilt hat, sie mit einer fixen Summe ein- und für allemal vergütet bekam, so bleibt das Licenzrecht

Digitized by Google

für den Licenzträger ohne weitere Gegenleistung bestehen; es bleibt für ihn bestehen, vorbehaltlich natürlich der Ausgleichung zwischen dem Vindicanten und dem unterlegenen Besitzer — vorausgesetzt, dass die Summe bereits bezahlt ist; ist sie noch nicht bezahlt, so kann der siegreiche Vindicant die Ueberweisung eines entsprechenden Theiles der Summe an sich begehren. Handelt es sich aber um einen Miethvertrag, so ist das Miethverhältniss nunmehr mit dem Vindicanten fortzusetzen: ihm gebührt der dieser neuen Periode entsprechende Miethzins; er gebührt ihm nicht *per cessionem*, sondern von vornherein, weil das Miethverhältniss nunmehr auf seine Person gerichtet ist. Allerdings muss er sich gutgläubige Vorauszahlungen gefallen lassen, natürlich unbeschadet der Ausgleichung mit dem unterlegenen Patentbesitzer.

Dieses Verhältniss gilt auch, wenn der Licenzberechtigte nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet ist, die Erfindung in bestimmter Weise auszuführen, wenn das Licenzrecht zugleich ein Verlagsrecht ist.[18]) Nur muss bemerkt werden: diese Verpflichtung besteht zunächst nur dem unterlegenen Patentbesitzer gegenüber und auch ihm nur, sofern er ein wirkliches Patent hat, das heisst, sie besteht nur scheinhaft. Dem siegreichen Patentvindicanten gegenüber besteht sie nur, sofern der Licenzträger von seinem Licenzrechte Gebrauch machen will: er kann jederzeit auf sein Licenzrecht verzichten; dann fällt auch die Pflicht gegenüber dem Patentvindicanten weg: die Pflicht gegen denselben ist nur eine Belastung seines Rechts. Hiebei entspricht es der gutgläubigen Natur des Verhältnisses, dass der Patentvindicant in solchem Falle dem Licenzträger eine Frist setzen kann, um sich zu erklären, ob er ihm gegenüber die Licenz mitsammt der Licenzpflicht aufrechterhalten will oder nicht.

Ein zweites besitzartiges Verhältniss ist soeben berührt worden: es ist das Verhältniss des Trägers eines Erfindungsgeheimnisses: er ist gegen den geschützt, der ihm das Geheimniss der Erfindung entzogen hat und die Erfindung für sich anmeldet; er hat ihm gegenüber das Recht der Aberkennung des Patentes; er hat es auch, wenn er nicht der Erfindungsberech-

---

[18]) Darüber unten in §. 6.

Digitized by Google

tigte, also weder der Erfinder, noch sein Rechtsnachfolger ist; er hat es dem Patentanmelder, aber auch seinem Rechtsnachfolger gegenüber, also eine Art Spolienklage; aber auch gegen den gutgläubigen Patenterwerber, abgesehen von der dreijährigen Verjährung (§ 29); er kann nicht nur Aberkennung verlangen, sondern Uebertragung des Patentes an sich; vorbehaltlich natürlich seiner Herausgabepflicht gegenüber dem wirklichen Erfindungsberechtigten oder gegenüber dem früheren Erfindungsbesitzer (§§. 5 u. 29).[14])

Weiter kann hieher gerechnet werden der zum (quasi) dinglichen Recht erstarkte Besitz des Vorbenützers der Erfindung (§. 9).

Soweit die Quasibesitzverhältnisse[15]), und es frägt sich, ob es richtig ist, diese besitzartigen Formen zu einem Institut, dem Erfindungsbesitz, zusammenzufassen und sie der Lehre vom Besitze anzugliedern, wie dies insbesondere Zoll, in dieser Zeitschrift, XX, S. 1 f. gethan hat. Dies ist zu verneinen. Der Besitz hat im Gebiete der Körperwelt seine besondere Bedeutung: es handelt sich dort darum, die momentane Besitzlage gegen Eingriffe zu schützen, und zwar gegen private Eingriffe, die nicht in sich ihre sofortige Rechtfertigung tragen. Dies hat nur einen Sinn bei Besitzverhältnissen, die sich sofort dem Auge kundthun: es hat seinen wahren Sinn nur bei Besitzverhältnissen, wo es gilt zu verhindern, dass der Eine in die Bethätigungsfreiheit des Anderen eingreift — in dieser Beziehung hatte die Puchtasche Anschauung vom Besitz als einem *jus personae* eine gewisse Berechtigung. Aber schon im Servitutenrechte ist die Annahme eines Besitzes etwas gekünsteltes, und nur in beschränktem Masse entspricht es dem Postulate der Rechtsordnung, hier eine Analogie zu statuiren.[16]) Noch weniger ist es im Erfinder-

[14]) Vgl. hiezu Jurist. Literat.-Bl., 1897, S. 25.

[15]) Man könnte auch das blosse Eingetragensein in das Patentregister als Besitz betrachten, wenn Folgendes gelten würde: wenn der Eingetragene die Patentverletzung ohne die Behauptung seines Patentrechtes verfolgen könnte und ihm nicht entgegengehalten werden dürfte, dass er nicht patentberechtigt sei; mit anderen Worten, wenn das Eingetragensein nicht blos als *prima facie* Beweis des Patentrechtes, sondern als ein vom Patentrecht verschiedenes Patentbesitzrecht mit selbständiger Klagebefugniss anerkannt wäre. Das ist aber gewiss nicht der Fall.

[16]) Vgl. meine Abhandl. aus dem Servitutrecht im Arch. f. civ. Praxis, LXXXVII, S. 282.

Digitized by Google

rechte angezeigt, die verschiedenen Aeusserungen des Gedankens, dass ein gewisses Haben oder Gebrauchen einer Erfindung rechtlichen Einfluss hat, zu einem Besitzinstitute zu krystallisiren. Dies würde ein Bild geben, das zu einem Zehntel Natur, zu neun Zehnteln Kunst und künstliche Gestaltung wäre und darum die Lehre im Leben nicht förderte, sondern hemmte und verdunkelte. Dass eine gewisse Benützung des Erfinders zum Rechte des Vorbenützers führt, dass die Eintragung im Patentregister gewisse Bedeutung hat, dass gewisse Licenzrechte, redlich erworben, bestellt von dem, den man als Patentinhaber wähnte, bestehen bleiben: das alles ist so verschiedenartig, greift so sehr in besondere Verhältnisse ein, beruht auf so verschiedenen Voraussetzungen, dass die Annahme eines sachartigen Besitzes, der im Gebrauchen oder Eingetragensein besteht und zu einem gewissen Rechte auf Aufrechterhaltung des Gebrauches oder des Eingetragenseins führt, ebensowenig zur Aufklärung der Lehre dienen würde, als wenn man im Gebiete des Obligationenrechtes gewisse Erscheinungen zum Besitze zusammenfassen wollte, z. B. die Unterbrechung der Verjährung durch Zinszahlung. In der ungeeigneten Erweiterung des nur in gewissen Grenzen seine Berechtigung in sich tragenden Besitzinstitutes liegt vornehmlich der krankhafte Punkt der modernen Besitzlehre.

Hier ist nun auch der Ort, um gegenüber Zoll (S. 77 f.) u. A. das, was ich seinerzeit über *negatoria* im Erfinderrecht gesagt habe, zu vertheidigen, sofern man behauptet hat, dass ich petitorische und possessorische Momente vermischt und beide nicht gehörig auseinandergehalten hätte. Ich habe, Patentrecht S. 430, Folgendes gesagt:

„Der Anspruch auf Anerkennung des Patentrechts und auf Unterlassung der Störung ist im Patentgesetze nicht erwähnt. Nichtsdestoweniger kann derselbe keinem Zweifel unterliegen. Denn wie der Anspruch die Klage, so postulirt hier das Recht den Anspruch, ohne welchen dasselbe in naturwidriger Thatlosigkeit jedem Angriff preisgegeben wäre. Und wollte man auch noch von diesem Gesichtspunkte aus Bedenken tragen, so würde doch das im modernen Rechte immer allgemeiner anerkannte, nunmehr auch reichsgesetzlich sanctionirte Recht der

Digitized by Google

Anerkennungsklage (§ 231 P. O.) zu dem gleichen Resultate führen."

Hierwegen hat man mir vorgehalten, ich verwechselte die *negatoria* mit der Feststellungsklage; es bedarf nur eines Hinweises auf diese Worte, um den Vorwurf als völlig unzutreffend zu entkräften. Was ich sagen wollte, war: „Jedenfalls besteht eine Klage auf Anerkennung und Unterlassung; wenn Ihr sie nicht aus dem Recht der Materie selbst herauslest, so recurrirt doch mindestens auf § 231 C. P. O.!" Man muss sich dabei die Umstände vergegenwärtigen, unter denen ich das Patentrecht schrieb: wie wenig war die richtige Idee in's wahre Licht des Erfinderrechts getreten, und wie sehr musste man auf die vorhandenen gesetzlichen Anhaltspunkte recurriren, um die Praxis der richtigen Idee zuzuführen!

Ist also dieser Vorwurf der Verwechslung von *negatoria* und Anerkennungsklage unbegründet, so sind ebenso die Behauptungen Zoll's unbegründet, als ob ich die *negatoria* anders als in der Art der petitorischen Klage construirt hätte.

Auf S. 438 des Patentrechtes heisst es bei mir: Die Behauptung des Beklagten, dass das Patentrecht nicht dem Kläger, sondern einem Dritten zustehe, sei keine *exceptio ex jure tertii*, sondern eine Negation der Klage, welche den Kläger beweispflichtig mache; daraus leitet Zoll, S. 78, ab, ich behauptete: der Kläger brauche in der Regel sein Recht nicht nachzuweisen, er brauche es nur, wenn der Beklagte ein solches *jus tertii* behauptet!! während doch in der Stelle nichts weiter gesagt ist, als: der Kläger muss sein Recht beweisen, wenn von Seite des Beklagten nicht Zustimmung, sondern Widerspruch erfolgt, und ein solcher Widerspruch ist auch die Behauptung des *jus tertii*: diese ist keine *exceptio*, welche der Beklagte zu beweisen hat, oder welche als abwegig sofort zurückgeworfen würde; das letztere wäre der Fall, wenn sich der Patentprocess in der Form der *vindicatio* und *contravindicatio* vollzöge und der Beklagte nur dadurch der Klage entgehen könnte, dass er selbst ein Gegenrecht behauptete.

Gerade dieses letztere habe ich S. 437 ausgeführt; ich habe hier ausgeführt: der Anspruch sei nicht damit erledigt, dass der Anzusprechende bekennt, dass er kein Recht habe — natürlich; der Anspruch ist erst erledigt, wenn der Beklagte bekennt, dass der Kläger ein Recht habe.

Digitized by Google

Sodann wird mir als Incongruenz meine Bemerkung entgegengehalten: der Anspruch gehe nur gegen den präsenten Störer, weshalb er sofort erlösche, wenn die Störung aufhört (S. 440). Ich frage: Ist dies nicht völlig in der *negatoria* als dinglicher Klage begründet? Allerdings können aus der vergangenen Störung obligationsrechtliche Ansprüche erwachsen sein, Ansprüche auf Entschädigung, auf Bereicherung, Ansprüche, die man im gemeinen Recht ungenau mit der *negatoria* zusammenzukoppeln pflegt, die aber principiell von ihr wohl zu scheiden sind (Patentrecht, S. 447 f.). Hiebei ist aber noch Folgendes beizufügen: In meinem Patentrecht, S. 440 f., ist klar hervorgehoben, dass jenes Ablassen von der Störung bei einem so intermittirenden Thun, wie die Patentverletzung ist, im richtigen Sinne aufgefasst werden muss, dass namentlich ein momentanes Ablassen keine Garantie gibt, dass der Beklagte nicht die Störung wieder beginnt, weshalb in solchem Falle trotz des momentanen Ablassens eine Sicherung gegen Wiederholung der Störung geschaffen werden muss; diese besteht in einer Caution und in einem richterlichem Verbot mit Strafandrohung.

Und welche Unrichtigkeit vom Standpunkte des strengsten petitorischen Klagerechtes soll in meiner Aufstellung liegen, dass der Richter dann, wenn überhaupt keine Störung vorliegt, die Klage abzuweisen hat, ohne über das Klagerecht zu entscheiden (S. 446)? Natürlich — in diesem Falle ist zur Entscheidung des Rechtes gar kein Anlass gegeben; wenn ich den *A* nicht gestört habe, mit welchem Fug verlangt er eine Durchführung seines Rechtes gegen mich? Etwas Anderes wäre nur dann gegeben, wenn zwar keine Störung vorläge, aber eine sonstige bedeutungsvolle Bestreitung des Rechtes; in welchem Falle etwa die *negatoria* zur Feststellungsklage umgeformt und als Feststellungsklage fortgesetzt werden könnte.

Davon also, dass die Eingriffsklage nicht richtig gezeichnet wäre, dass sich in meiner Darstellung Inconsequenzen fänden oder Verwechslungen von *petitorium* und *possessorium*, ist keine Rede.

Im Gegentheile ist die ganze Lehre Zoll's, welche im Patentrecht auf das *petitorium* ein *possessorium* propft, verfehlt; sie ist ebenso verfehlt wie im Autorrecht.[17])

[17]) Vgl. Autorrecht, S. 301 f.

Digitized by Google

§. 3. Offenkundige Benützung.

Das österreichische Gesetz hat den Begriff der offenkundigen Vorbenützung als eines die Neuheit störenden Umstandes vom deutschen Gesetze übernommen — dazu aber (gegen meinen Vorschlag, Gutachten, S. 3) die öffentliche Schaustellung oder Vorführung hinzugefügt.

Allerdings herrscht über den Begriff der offenkundigen Benützung in Deutschland ein lebhafter Streit, und es ist insbesondere neuerdings von Schanze (Arch. f. bürgerl. R., XI, S. 26 f.) unter dankeswerther erschöpfender Herbeiführung des Materials gegen meine Aufstellungen ein lebhafter Vorstoss eröffnet werden. Ich behalte mir vor, auf Einzelheiten der Schanze'schen Darstellung im Archiv selbst zu erwidern, erkläre aber principiell, dass die ganze Richtung, nach der Schanze zielt, unzutreffend ist und insbesondere das eigentliche Wesen meiner Auffassung nicht trifft. Da dies auch für das österreichische Recht von grosser Bedeutung ist, so will ich mich darüber an dieser Stelle näher verbreiten.

Der Hauptangriff Schanze's und Anderer gegen meine bisherigen Ausführungen über die offenkundige Benützung geht dahin: ich verwechsle die Benützung der Erfindung mit dem Gebrauch des Erfindungsgegenstandes; ich betrachte nur eine solche Benützung als genügend, welche den Gebrauch des Verfahrens oder den Gebrauch des dem Alleingebrauch des Erfinders vorbehaltenen Gegenstandes repräsentirt. Die Benützung der Erfindung könne aber auch, wie die §§. 4, 5, 20, 35, 36 u. a. des deutschen Gesetzes besagen, in anderer Weise geschehen, namentlich durch Herstellung des Erfindungsgegenstandes, durch Verkauf und Feilhalten desselben, ja es könne der Begriff der Benützung hier selbst noch weiter ausgedehnt werden, als dieses in §. 4 des Gesetzes angenommen ist.

Diese ganze Ausführung krankt aber daran, dass sie den gesetzlichen Terminus „offenkundige Benützung" in unrichtiger Weise zerlegt. Natürlich sind die Begriffe Benützung und Offenkundigkeit auseinander zu halten, allein nicht insoferne, als ob der Begriff „offenkundig" direct zum Begriff „Benützung" hinzutrete: zwischen offenkundiger Benützung und Be-

Digitized by Google

nützung steht die kundige, kundliche, kundbarmachende Benützung, und diese ist entweder eine geheime oder eine offenkundige Benützung. Offenkundige Benützung ist nicht direct eine Art der Benützung, sondern eine Art der kundlichen Benützung, die Gradation ist nicht: offenkundige Benützung, nichtoffenkundige Benützung, Nichtbenützung, sie ist eine vierfache: offenkundige Benützung, geheimkundige Benützung, nichtkundliche Benützung, Nichtbenützung.

Denn nicht die Benützung an sich kommt für die Neuheitsfrage in Betracht, sondern die kundige, d. h. kundbarmachende Benützung, und diese kann wieder eine geheimkundige oder offenkundige Benützung sein, d. h. eine Benützung, der Geheimwelt, oder eine Benützung, die dem Publicum kundbar wird. Nicht darauf kommt es an, dass ich Schwefelsäure, die ich geheim und nach bestimmtem Verfahren um ein Drittel des Preises herstellen kann, verkaufe, sondern dass ich das Verfahren in einer Weise betreibe, dass es kundbar werden kann: der Verkauf der auf solche Weise hergestellten, von der gewöhnlichen Schwefelsäure sich in nichts unterscheidenden Schwefelsäure ist eine wichtige Benützung der Erfindung: er ist eine Benützung der Erfindung, die zu Ungunsten meines Herstellungspatentes nicht geschehen darf, er ist aber keine kundbarmachende Benützung, weder eine kundbarmachende Benützung für nahe Kreise, noch eine solche für das Publicum; er ist eine Benützung, die für die Kunde der Erfindung höchst belanglos ist.

Eine kundbarmachende Erfindungsbenützung kann daher in solchem Falle nur in der Herstellung und im Verfahren liegen, und nur die Art des Verfahrens kann für die Offenkundigkeit oder Geheimkundigkeit entscheiden.

Dasselbe muss aber auch gelten, wenn mit dem neuen Verfahren zugleich ein neuer Stoff hergestellt wird, sei es, dass dieser Stoff zugleich Gegenstand eines Stoffpatentes ist oder nicht.

In solchem Falle wird die Veräusserung des Stoffes zwar den Stoff kundthun, aber nicht die Herstellungsmethode oder doch höchstens nur, soweit aus dem Stoff die Herstellungsmethode zu schliessen ist: ist aber aus dem Stoff die Herstellungsweise zu entnehmen, so ist nicht von einer kundbarmachenden Veräusserung des Stoffes, sondern von einer

Digitized by Google

kundbarmachenden Herstellung die Rede: nicht die Veräusserung als Veräusserung macht die Methode kund, sondern die Methode macht sich selbst kund dadurch, dass sie sich im Product in unverkennbarer Weise ausprägt: hiezu gehört kein Verkauf des Productes, sondern es gehört hiezu nur, dass das Product unbetheiligten dritten Personen bekannt wird; es ist daher ebenso, wie wenn bei der Herstellung des Productes unbetheiligte dritte Personen als Zuschauer zugelassen oder ihnen der Stoff vorgewiesen würde: wer solche das Verfahren kundgebende Erzeugnisse dritten Personen vorweist, der weist ihnen das Verfahren vor, die unbetheiligten Dritten sehen im Product den Schlussstein des Verfahrens und damit das Verfahren *in effigie;* es ist, wie wenn der Erfinder sämmtliche Operationen durch einen Momentphotographen aufnehmen liesse und die Photogramme ausstellte oder Dritten vorzeigte. Nicht der Verkauf des Productes als Ausübung des Patentrechtes, sondern die Zugänglichmachung des Verfahrens durch Zugänglichmachung eines solchen das Verfahren kundgebenden Productes ist das Moment, das von Bedeutung ist.

Mithin ist hier keine Rede davon, als ob die Veräusserung oder Feilhaltung des Productes als solche, in der Eigenschaft als Benützung der Erfindung, in Betracht käme, da sie niemals eine kundbarmachende Benützung der Erfindung sein könnte.

Noch weiteres kommt aber in Frage, wenn es sich nicht blos um ein Verfahrenspatent mit altem oder neuem Producte, sondern um ein Producten- oder Stoffpatent handelt, also um den Fall, dass sich das Erfinderrecht nicht nur auf die eine Methode der Herstellung, sondern auf die Herstellung eines Productes überhaupt bezieht; denn das Stoffpatent ist zwar auch ein Herstellungspatent, jedoch ein Herstellungspatent mit der Ausweitung, dass nicht nur die eine vom Erfinder gegebene Herstellungsmethode, sondern jede, auch eine erst künftige, noch zu findende Herstellungsmethode unter das Patent fällt, so dass eine spätere Erfindung einer neuen Methode nur noch ein innerhalb des alten Patentes liegendes Verbesserungspatent darstellen kann.[18])

Das Wesen des Stoffpatentes im Gegensatze zum Verfahrenspatente beruht ja gerade darauf, dass das letztere nur

[18]) Patentrechtliche Forschungen, S. 100.

Digitized by Google

die bestimmte Methode der Herstellung eines Productes, das erstere aber jede, auch noch nicht bekannte Methode der Herstellung des Productes in sich begreift. Zu sagen aber, dass in dem Producte jede gegenwärtige oder künftige Herstellungsmethode vorgebildet wäre, so dass die Verbreitung des Productes diese sämmtlichen Methoden darlegte, wäre offensichtlich irrig. Beim Stoffpatent könnte daher, wie vorhin, (ungenau) davon die Rede sein, dass die Veräusserung des Productes das eine Verfahren kundgäbe[19]); aber gewiss nicht, dass sie die Production an sich, die Production als Verfahren *in abstracto* an den Tag brächte.

Daher enthält Veräusserung und Feilhaltung keine kundbarmachende Benützung der Erfindung, sie kommen daher als solche bei der Neuheitsfrage nicht zur Geltung; damit eine Benützung offenkundig sein kann, muss sie zuerst kundlich sein können, und das ist hier nicht der Fall. Die Veräusserung kann ja öffentlich und ohne Hehl stattfinden, aber sie ist nichts, was die Erfindung, sei es als Verfahrens-, sei es als Stofferfindung kundlich, geschweige denn offenkundig machte.

Was von Veräusserung und Feilhaltung gesagt wurde, gilt auch vom Gebrauch des Productes, sofern es sich nicht um das Patent als Producten- oder Stoffpatent, sondern um das Patent als das Patent für eine specielle Productionsweise handelt. Wie beim Verkauf, so kann es zwar auch hier vorkommen, dass das Product durch seine Art und Eigenheit den Sachverständigen auf die bestimmte Methode der Herstellung führt; aber dann wäre es wieder nicht der Gebrauch der Sache, der als das kundbarmachende erschiene, sondern es wäre die Herstellung, die auf solche Weise zur Kunde drängte, die sich durch die Art des benützten Productes verriethe.

So weit der Gebrauch der Sache in seiner Beziehung zur Productionsmethode: er kommt also in dieser Beziehung nicht als kundbarmachend in Betracht; von grosser Bedeutung dagegen ist der Gebrauch der Sache insofern, als er Kunde gibt von der Sache als dem *productum abstractum:* denn dieses gibt sich durch den Gebrauch zu erkennen.

---

[19]) Auch hier wäre ja eigentlich nicht von kundmachender Veräusserung, sondern von kundmachender Herstellung die Rede.

Digitized by Google

In der That kann ja die Benützung der Erfindung nicht nur in der Production einer Sache und in der Veräusserung des Productes, sondern auch im Gebrauche des Products liegen, und zwar nicht nur im Gebrauch des Products als des Schlussresultates einer bestimmten Production, sondern in dem Gebrauche des Products als des *productum abstractum,* als des Productes in seiner Eigenschaft als Sache bestimmter Beschaffenheit ohne Rücksicht auf die Art ihrer Herstellung.

Ein solcher Gebrauch kann eine kundbarmachende Benützung der Erfindung als der Sacherfindung enthalten, denn der Gebrauch enthüllt die Eigenheit des auf die Sache als Gebrauchsobject gerichteten Erfindergedankens, nicht etwa infolge besonderer concurrirender Umstände, sondern kraft seiner eigenen Natur: im Gebrauche erprobt sich die Gebräuchlichkeit und Tüchtigkeit der in der Sache als dem *productum abstractum* liegenden Erfinderidee. Noch mehr, es handelt sich hier um eine Kunde, welche nur der Gebrauch der Sache, nicht eine andere Erfindungsbenützung, insbesondere nicht die Herstellung und Fabrication bieten kann. Die Fabrication enthüllt nicht die Gebräuchlichkeit des Fabrikates. Die Herstellung kann nur die bestimmte Herstellungsmethode, nicht das Product als *abstractum,* wie es durch viele andere Herstellungsmethoden fabricirt werden könnte, enthüllen. Wie aus dem Producte immer nur auf ein bestimmtes Verfahren, nicht auf jedes mögliche Verfahren *in genere* geschlossen werden kann, so kann umgekehrt nicht aus der Herstellungsmethode auf das Product *in abstracto,* abgetrennt von der durch die bestimmte Herstellungsmethode gegebenen Eigenart, geschlossen werden. Gesetzt, es handelt sich um eine Dynamomaschine, so kann zwar aus der Herstellungsweise derselben auf Einzelheiten der Construction gefolgert werden; gewiss aber ist die innere Idee der Maschine erst aus der Maschine selbst, aus der Functionsweise der einzelnen Theile zu ersehen; denn diese Idee geht über die einzelne Verwirklichung, wie sie durch diese Herstellungsmethode gegeben ist, hinaus und kann durch viele andere Formen zur praktischen Entfaltung gelangen, die dann ebensoviele neue Herstellungsmethoden repräsentiren: sie kann zur Entfaltung kommen in einer Fülle von Aequivalenten, deren Zusammensetzung vielleicht eine ganz verschiedenartige, geradezu entgegengesetzte ist.

Digitized by Google

Daraus geht hervor: Die Herstellung ist zwar eine kundbarmachende Benützung der Erfindung, soweit als die Methode der Herstellung angeht, nicht aber, soweit es sich um das Product als solches, abgesehen von der speciellen Herstellungsweise, handelt; nicht, soweit es sich um die Sache als solche und ihre Gebräuchlichkeit, d. h. die in ihr liegenden Gebrauchserfinderideen handelt.

Völlig unrichtig ist daher eine neue Entscheidung des R. G. vom 11. December 1895 (Bl. f. Patentwesen, II, S. 97), worin ausgesprochen worden ist: „Benutzt wird die Erfindung recht eigentlich durch die Herstellung des Gegenstandes, durch den sie in die Erscheinung tritt und geschieht diese Herstellung offenkundig — — —, so ist die Benutzung eine offenkundige.“ Im Gegentheil, die Erfindung tritt, was das *productum abstractum* und was die Function des *productum abstractum* betrifft, nicht in Erscheinung durch die Herstellung, sondern erst durch den Gebrauch; es kann etwas mit der grössten Hoffnung producirt sein, dessen Gebrauch bei der ersten Probe als hoffnungslos scheitert; ebenso kann es sein, dass jemand die Herstellungsmethode genau kennt, und doch kennt er vom Product nur Aeusserlichkeiten, nicht die ihm innewohnende Gebrauchsidee.

Die kundbarmachende Benützung der Erfindung kann daher, was die Sache als Gebrauchssache angeht (als *productum abstractum* oder *perfectum* im Gegensatz zum *productum* als dem letzten Stadium einer bestimmten Productionsweise), nur im Gebrauche des Productes, im Gebrauche der Sache liegen. Ueber Gebrauch gilt aber, was ich an verschiedenen Orten ausgeführt habe: ein Gebrauch im Leerlauf ist kein Gebrauch, ebensowenig eine Demonstration, da dieses keine Benützung der Erfindung ist (mithin auch keine kundbarmachende und keine offenkundige), und da alles dies zudem nicht in der Lage ist, eine Garantie dafür zu geben, dass das Erfindungsobject wirklich brauchbar ist und die Brauchbarkeit nicht blosser Schein und nicht mit so viel Ungeschicklichkeit verbunden ist, dass man gerne darauf verzichtet: Gebrauch ist realer Gebrauch, kein Scheingebrauch, keine Demonstration.

Ich hatte daher völlig Recht, zu behaupten, dass der Thurm von Babel im grünen Gewölbe zu Dresden, der, soweit man weiss, niemals functionirte, nicht öffentlich benutzt worden

Digitized by Google

ist und seine Herstellung und Ausstellung nicht eine offenkundige Benützung einer Erfindung bildet [20]), und was dagegen eingewendet worden ist, beruht auf Missverständnissen und unrichtigen Anschauungen.

Das Resultat der Untersuchung ist also: die kundbarmachende Benutzung kann nur sein: *a)* eine Production, *b)* ein Gebrauch des Productes, nicht aber ein Verkauf, Feilhalten u. s. w. Und auch die Production ist eine kundbarmachende Benützung nur, soweit es die betreffende Productionsweise, nicht soweit es das Product als Abstractum angeht; umgekehrt kann der Gebrauch des Productes nicht als kundbarmachende Benutzung betrachtet werden in Bezug auf eine bestimmte Methode der Herstellung, sondern nur in Bezug auf das Product als Abstractum.

Wie unrichtig und formal es ist, so zu argumentiren, dass der Begriff „Benutzung" für die Neuheitsfrage derselbe Begriff sein müsse, wie die Benutzung für die Patentverletzungsfrage, ergibt sich von selbst aus der Analogie der Vorbenutzung in §. 5 des deutschen, in §. 9 des österreichischen Gesetzes. Darnach gäbe es ein Vorbenutzungsrecht auch für diejenigen, welche weder nach dem Erfindungsverfahren producirt, noch die Erfindungsgegenstände gebraucht, sie vielmehr aus dem Auslande importirt und im Inlande verbreitet hätten: wer Producte aus dem Auslande in's Inland importirt hätte (und *nota bene* ohne eine die Erfindung den Sachverständigen kundgebende Offenheit), könnte mithin beanspruchen, auch nachdem die Erfindung im Inlande patentirt worden ist, die Waaren immer noch in bisheriger Weise oder auch in gesteigertem Masse vom Auslande zu importiren und dadurch den Erfinder zu beeinträchtigen: das wäre auch ein Fall der Vorbenützung; denn nach §. 4 (cf. 36) des deutschen, §. 8 des österreichischen Gesetzes wäre auch ein Inverkehrbringen und Feilhalten eine Benutzung der Erfindung. Aber eine solche Annahme wäre ganz gegen den Sinn und den Geist des Gesetzes: die Vorbenutzung ist eine Gebrauchs- und Herstellungs-, keine Verbreitungsvorbenutzung, und es ist damit das Argument, als ob im ganzen Patentgesetz „Benutzung" stets in demselben Sinne zu verstehen sei, widerlegt. Benutzung

[20]) Vgl. mein Gutachten in den Jahrb. f. Dogmat., XXVI, S. 438 f.

Digitized by Google

im Sinne der geheimen Vorbenutzung, welche einen dem Patente gegenüber fortdauernden Besitzstand gibt, ist eben eine Productions-, nicht eine Handelsbenutzung; die Bestimmungen über Vorbenutzung sind zu Gunsten des Producenten, nicht zu Gunsten des Importeurs gegeben.[21]) Und ebenso ist die Benutzung, welche zur Zerstörung der Neuheit führt, eine besondere Benutzung, es ist eine Benutzung der Erfindung, in deren Wesen die Kundbarmachung liegt. Die Begriffe müssen für jeden Zweig des Patentrechtes in seiner Art, entsprechend der Bedeutung für die betreffende Lehre, verstanden werden.

Daraus ergibt sich von selbst die Unrichtigkeit der Polemik von Schanze gegen meine Aufstellungen und die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes; wenn auch die Abhandlung sehr dankenswerth ist durch die Vorführung und Gruppirung des wissenschaftlichen Materials. Daraus ergibt sich ferner, dass die Jurisprudenz im Irrthum ist, wenn sie vielfach die Schaustellung, die Veräusserung, ja selbst die Verbreitung von Mustern und Modellen als kundbarmachende Benützungsformen behandelt hat, die, wenn offenkundig, die Neuheit ausschlössen. So das deutsche R. G. 22. September 1894[22]) in einer Gebrauchsmustersache, wo ausgesprochen wurde: „Kann das Neue, das Wesen, die Eigenschaft des Modells auch ohne Benutzung im Betriebe erkannt werden, — — — — so ist jede Benutzung geeignet, es bekannt zu machen, wenn sie offenkundig ist."

Natürlich handelt es sich nicht nothwendig um eine Benutzung im Betriebe, denn viele Sachen werden hergestellt, um nicht im Betriebe, sondern privatim benützt zu werden; aber eine Benutzung des Gegenstandes ist nöthig. Eine solche liegt aber nicht in dem Feilhalten, wie das R. G. annimmt, ebensowenig, wie das deutsche R. G. 11. Jänner 1894[23]) annimmt, im Verkauf. So ist es für das Patentrecht, so ist es auch für das Musterrecht.[24]) Eine andere Behandlung der Frage widerspricht der offenbaren Natur der Verhältnisse.

[21]) Das R. G. 25. Februar 1895, Bl. f. Patentwesen, I, S. 147, postulirt für den §. 5 des deutschen Patentgesetzes denselben Benutzungsbegriff, wie für §. 4 und §. 36. Die obige Consequenz zieht es aber nicht und könnte es nicht ziehen. Daher ist der Ausgangspunkt irrig.

[22]) Bl. f. Patentwesen, I, S. 93.

[23]) Ebenda, I, S. 229 f.

[24]) Vgl. meinen Aufsatz in Z. f. gewerbl. Rechtsschutz, III, S. 136.

Digitized by Google

Dabei muss allerdings ein Moment in Betracht gezogen werden, das ich schon anderwärts betont habe.[25])

Handelt es sich um den öffentlichen Verkauf von Sachen, welche privatim gebraucht zu werden pflegen, so ist der kundbarmachende Gebrauch, der an sich privater, nicht öffentlicher Art ist, doch ein offenkundiger Gebrauch. Ob viele Menschen eine Sache im Zusammensein gebrauchen, oder ob jeder die öffentlich gekaufte und öffentlich zu kaufende Sache in seinen vier Wänden benützt, ist für die Offenkundigkeit gleichgiltig. Eine bestimmte Art von Corset ist offenkundig benützt, wenn es öffentlich gekauft und von den Frauen privatim benützt wird, und ebenso verhält es sich mit einer Betteinrichtung oder mit einem hygienischen Kleidungsstücke oder einem Closet. Es wäre eine völlige Verkennung des offen im Worte offenkundig, wenn man hier noch von Geheimkunde, nicht von Offenkunde sprechen wollte, weil die Discretion des Lebens sich über den Allen wohlbekannt gewordenen und geübten Gebrauch breitet. Die Discretion bezieht sich auf den Einzelnen und seine individuelle Lebensführung; sie bezieht sich nicht auf die Allgemeinheit und ihre Gebräuche: was die Allgemeinheit discret gebraucht, ist offenkundig gebraucht, und ein discreter Gebrauch der Allgemeinheit liegt von selbst vor, wenn eine Sache discret gebraucht wird, die man öffentlich kauft und die daher für die Allgemeinheit zu haben ist.

Hier geht nun aber wieder Schanze nicht weit genug; er nimmt an, dass der Kauf im öffentlichen Geschäft kein offenkundiger Verkauf sei, wenn er nicht in Gegenwart Unbetheiligter stattgefunden hat, und dass daher, wenn Jemand einen Bierfilter von Mann zu Mann verkauft ohne Assistenz eines Dritten und der Käufer den Filter in seinem Keller aufstellt und gebraucht, hierin keine offenkundige Benützung liege (S. 80). Das ist unrichtig: Offenkundigkeit ist für den Verkauf Oeffentlichkeit — was hat es für den Verkauf zu sagen, dass Dritte dabei assistiren —, und diese Oeffentlichkeit macht die nachträgliche discrete Benützung zur offenkundigen; denn wenn jeder benützt, was er öffentlich kaufen kann, so benützt es die Menschheit nicht geheim, sondern offenkundig.

---

[25]) Patentrechtliche Forschungen, S. 77.

Digitized by Google

Was aber die Oeffentlichkeit des Verkaufs betrifft, welcher auf solche Weise in die private Benützung hineinspielt, so ist zu sagen: Der Verkauf ist öffentlich, wenn er nicht in discreter Weise geschieht, nicht also mit der Pflicht zur Geheimhaltung, etwa zum Zwecke der blossen Probe oder Erkundung; es gelten hier die nämlichen Grundsätze, wie für die Offenkundigkeit in der Fabrication, bezüglich deren ich auf meine patentrechtlichen Forschungen verweise.

Damit glaube ich die Theorie der offenkundigen Benützung genügend entwickelt zu haben; die Entwicklung wird auch zeigen, worin der Grund liegt für das Schwankende und Unbestimmte der Praxis, über die man sich mit Recht beklagt.[26])

Der sehr anerkennenswerthe Zweck des Gesetzes, durch präcise Aufstellung der Neuheitsmerkmale Ungewissheit und Zweifel zu vermeiden, ist eben gerade dadurch, dass man die seinerzeit von mir gewiesenen Pfade verliess, vielfach gescheitert und die Praxis ist in das Ungewisse gerathen. Hier helfen aber die von Schanze gegebenen Auskunftsmittel nicht, es handelt sich vielmehr um ein Festhalten an den soeben entwickelten Principien.

Das österreichische Gesetz hat also der offenkundigen Benützung die öffentliche Schaustellung und öffentliche Vorführung beigefügt.

Das sind zwei neue Elemente:

Schaustellung ist vornehmlich Schaustellung von etwas Stofflichem, also von einem Geräthe, einer Maschine; Vorführung ist vornehmlich Vorführung eines Verfahrens oder einer Function. Beides kann ineinander übergehen: Schaustellung einer Maschine und Vorführung ihrer Functionen kann verbunden sein, ebenso Schaustellung einer Maschine bei Vorführung einer einzelnen Function. Auch bei dem unkörperlichen Verfahren kann neben der Vorführung eine Schaustellung der dabei benutzten Apparate und Werkzeuge stattfinden.

Da die Schaustellung und Vorführung über das Bereich der Benutzung hinausgehen und mithin Fälle als Schaustellung zu gelten haben, die keine Benutzung sind, so ist zu sagen: es kommt in Betracht

---

[26]) Ueber dieselbe siehe Schanze, S. 83 f.

Digitized by Google

a) eine blosse Schaustellung der Sache ohne Erprobung, sofern nur die Sache so einfach ist, dass ein annähernder Einblick in den Gebrauch schon aus der Beobachtung derselben in ihrer Ruhelage zu entnehmen ist. Das kann bei Geräthen der Fall sein, weniger bei complicirten Maschinen. Es kommt in Betracht:

b) eine Schaustellung mit Function der Sache im Leerlauf, entweder ohne Material oder mit einem anderen als dem bebestimmungsgemässen Material;

c) die Vorführung eines Verfahrens im Leerlauf in gleicher Weise, also insbesondere mit stellvertretendem Material.

Im übrigen gelten die oben entwickelten Grundsätze, insbesondere nach der Richtung, dass eine Offenkundigkeit der Herstellungsmethode nicht schon eine Offenkundigkeit des Productes und eine Offenkundigkeit der Sache nicht schon eine Offenkundigkeit der speciellen Herstellungsmethode bedeutet.

Indirect bestätigt aber das österreichische Gesetz, dass die Schaustellung und Vorführung noch keine Benutzung der Erfindung ist, und unsere Auslegung des deutschen Rechtes gewinnt hier noch eine bedeutende Stütze: im österreichischen Gesetze glaubte man Schaustellung und Vorführung der Benützung beifügen zu müssen, um auch sie als neuheitzerstörende Momente zu erklären.

§. 4. Patent und Gewerbestörung.

Was die Haftung für die Beeinträchtigung des fremden Gewerbetreibenden durch Patentanmassung betrifft — Patentanmassung im Sinne einer Behauptung eines Verbotsrechtes und eines daraufhin erfolgenden Verbots an den fremden Gewerbetreibenden —, so hat das österreichische Patentgesetz im §. 112 den in meinem Gutachten vorgeschlagenen Mittelweg betreten. Das blosse private Verbot führt zur Entschädigung nur im Falle von *dolus* und *culpa* — mit Recht: es ist Sache des Dritten, ob er ein solches Verbot respectiren will oder nicht, und ihm stehen Hilfsmittel genug zur Verfügung, um sich aus dem Stande der Unsicherheit baldigst herauszuwinden. Ein vortreffliches Hilfsmittel ist ja die vom österreichischen Gesetze eingeführte Feststellungsklage bei dem Patentamt — eine Neuerung, die einem grossen Bedürfnisse entspricht: für den redlichen Ge-

Digitized by Google

werbetreibenden ist nichts erwünschter, als wenn er selbst die Initiative ergreifen kann, um zur richtigen Interpretation eines fremden Patentes zu gelangen und zur Lösung der Frage, ob ein Verfahren oder ein Product sich noch in der Sphäre eines Patentes bewegt, oder nicht.

Mir sind Beispiele genug vorgekommen, wo Industrielle vor einer nach deutschem Gesetze unlösbaren Schwierigkeit standen und darum entweder von einer ihnen zweifelhaften Production zurücktreten oder es darauf ankommen lassen mussten, ob der Patentberechtigte ihnen einen Patentprocess mit Erfolg anhängen konnte; und bekanntlich ist die vielfach hervorgetretene Bestrebung, auf dem Wege des Nichtigkeitsverfahrens eine Abgrenzung und Interpretation eines Patentes zu erzielen, nur sehr theilweise erfolgreich gewesen.

Steht aber dieses Verfahren dem Industriellen zur Verfügung, so kann das Privatverbot eines Patentträgers ihn nicht so tragisch treffen, dass man diesem Privatverbot eine vollständige Haftung des Patentträgers für alle Folgen, ohne Rücksicht auf *dolus* oder Verschuldung, aufzubürden hätte.

Dazu kommt, dass nach dem neuen Gesetze das Patent auf Grund einer Vorprüfung ertheilt wird; und wenn diese Vorprüfung auch keine Garantie im Rechtssinne gewährt, so gewährt sie dem Patentträger doch eine gewisse Sicherung, einen gewissen Rückhalt für sein Auftreten gegenüber der Oeffentlichkeit und mindert seine Verantwortung für all das, was er auf Grund des Patentes thut.

So, was das Privatverbot betrifft.

Ganz anders, wenn der Patentträger vorläufige Verfügungen oder, wie das österreichische Patentgesetz sagt, sicherstellungsweise Vorkehrungen des Gerichtes erwirkt, die im österreichischen Patentgesetz näher geregelt sind und im Civil- und Strafverfahren erfolgen können (§§. 112, 105, 108). Wer die Obmacht des Staates für eine zweifelhafte Sache anruft, die Obmacht, der sich der andere Theil einfach zu fügen hat und nicht erwehren kann, der hat die Verantwortung zu übernehmen. Auch handelt es sich hier nicht etwa um eine vorläufig vollstreckbare Verfügung im ordentlichen Instanzenwege, sondern es handelt sich um eine ausserordentliche und durch das dringende Gebot der Sicherung der Klägerinteressen motivirte einschneidende Massregel — wer

Digitized by Google

auf diese Weise die Obmacht des Staates für sich benützt, hat für die Folgen einzustehen; er hat einzustehen, weil es ein Gebot der Gerechtigkeit ist, dass Jemand eine ausserordentliche Massnahme, gegen die der Andere wehrlos ist, nur unter voller Verantwortung für den Erfolg in Scene setzen darf. Im ordentlichen Leben soll sich Jeder bewegen dürfen, ohne weiteres zu verantworten als seine Schuld; auch im Falle des ordentlichen gesetzlichen Angriffs, wo der andere Theil sich genügend zu wehren vermag, also im ordentlichen Processe, ist *in thesi* kein Bedürfniss gegeben, eine schärfere Haftung einzuführen. Handelt es sich aber um solche Massnahmen, die mit Staatsobmacht einseitig auf den anderen stürmen, dann ist es ebenso, wie wenn jemand ein gefährliches Werk betreibt, ohne dem Gegner die nöthigen Sicherungen zu gewähren: ein solches Uebergewicht des einen Individuums über das andere verlangt als Ausgleichung die Gefahrhaftung. Wer das nicht will, der soll auf die ausserordentliche Machtstellung verzichten und sich im ordentlichen Verfahren als Individuum gegenüber dem Individuum bewegen.

Die in Deutschland und Oesterreich debattirte Frage[27]) ist nunmehr im österreichischen Patentgesetze §. 112 richtig gelöst worden: „Die Erwirkung von gerichtlichen sicherstellungsweisen Vorkehrungen, welche nachträglich als ungerechtfertigt erkannt werden, verpflichtet den Antragsteller zur Ausgleichung aller durch solche Vorkehrungen dritten Personen ohne ihr Verschulden verursachten Nachtheile."

Die Frage gehört allerdings aus dem Bereiche des Patentrechtes heraus auf das allgemeine Gebiet des Processrechtes übertragen: wer Arrest oder einstweilige Verfügungen erwirkt, erwirkt sie auf seine Gefahr. Irgend eine andere Lösung berücksichtigt weder die ungeheure Obmacht des Antragstellers, noch die Thatsache, dass das Gericht oft auf Grund ziemlich dürftiger Nachweise in die Lage kommt, einzuschreiten, noch auch die eclatante Aeusserung unseres Rechtsgefühls, die sich in dem Institut der Caution zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung kundgibt: denn wenn man schon öfters die Bedeutung

[27]) Vgl. die reichen Nachweise bei Neumann-Ettenreich, Civilrechtliche Fragen, I, S. 35 f., darunter namentlich Brunstein, Gewerbsstörung durch Patentanmassung (1892).

Digitized by Google

dieser Caution dahin abgeschwächt hat, dass sie nur eine Sicherheit sein solle für den Schaden im Falle von *dolus* und *culpa*, so ist das nicht der Gedanke der Institution; der Gedanke ist: durch Caution übernehme ich die Verantwortung. Die Caution hätte keinen Sinn, wenn sie blos für *dolus* und *culpa* gewährt würde und der Antragsteller unzweifelhaft zahlungsfähig ist; sie hat aber einen Sinn, wenn man sich die Jurisprudenz vorstellt, welche einerseits zögert, zur Erfolghaftung zu greifen, andererseits mit Rücksicht darauf zögert, die einstweilige Verfügung zu gewähren; da tritt der Antragsteller hervor und sagt: ich stelle Caution, d. h. ich übernehme die Gefahr.

Die Cautionsübernahme ist also ursprünglich ein Stadium, in der Entwicklung gewesen; später wird sie zur einfachen Sicherstellung, wenn es fraglich sein kann, ob der Antragsteller in der Lage ist, die volle Verantwortung zu decken. Sie findet sich allüberall als Geleite des Institutes der einstweiligen Verfügung, so auch in §. 105 des Patentgesetzes: „unbedingt oder gegen eine von dem Verletzten zu erlegende Caution".

§. 5. Civilconfiscation.

Die Civilconfiscation, welche das deutsche Recht im Autorgesetze kennt, hat das österreichische Recht (§§. 100, 108) mit vielem Glück in das Patentrecht übertragen, völlig dem Anstosse entsprechend, den ich seinerzeit in meinem Patentrecht (S. 444 f.) gegeben habe.[28])

Der Patentberechtigte hat civilistisch einen Anspruch darauf, dass die patentwidrig hergestellten Sachen nicht in Verkehr gebracht werden, sei es, dass die Patentwidrigkeit in der Herstellung der Sachen an sich, sei es, dass sie in dem Verfahren der Herstellung beruht; und er hat ein Recht, dass sie nicht mehr im Verkehr bleiben, dass sie nicht mehr veräussert, feilgehalten und dass sie nicht mehr gewerblich gebraucht werden.[28a])

Zu diesem Zwecke kann nun Dreifaches geschehen:

1. Die Gegenstände werden vernichtet oder mindestens ihrer patentwidrigen Form entkleidet; oder

[28]) Vgl. auch Beck, Das neue österreichische Patentrecht, S. 119, 126.

[28a]) Bezüglich der im Auslande producirten und im Inlande feilgebotenen oder gebrauchten Sachen vergl. unten S. 248.

Digitized by Google

2. die Gegenstände werden aus dem Verkehr zurückgehalten bis zum Ablauf des Patentrechtes; oder

3. die Gegenstände werden vom Patentberechtigten übernommen; eine solche Uebernahme ist sachgemäss, wenn die Fabrikate nicht schlecht sind; sie ist sachgemäss zu einem Preise, entsprechend dem Werthe einerseits, den Herstellungskosten andererseits, wobei aber der Betrag in Abzug zu nehmen ist, der auf eine dem Patentberechtigten zu erlegende Licenzgebühr fiele: denn der Patentberechtigte hat gerechterweise nur denjenigen Werth zu zahlen, der bleibt, wenn man abrechnet, was der Patentverletzer an ihn hätte zahlen müssen, um darnach den Gegenstand in legitimer Weise herstellen zu dürfen.

Nach dieser Richtung hin ist die Civilconfiscation im österreichischen Gesetze geregelt:

Der Patentberechtigte kann verlangen, dass die Eingriffsgegenstände, d. h. die patentwidrig hergestellten oder patentwidrig gebrauchten Producte[28b]) für verfallen erklärt werden, wenn nicht Sicherheit geleistet wird für die Aussergebrauchssetzung während der Patentdauer. Das Anspruchsbegehren ist also zunächst auf Verfall zu richten, die Sicherheitsleistung ist eine *facultas alternativa*, die dem Anspruchsbeklagten freisteht, um die directe Execution abzuwenden. Die Sicherheitsleistung ist eine Art *cautio de non amplius turbando:* Sicherheit, dass eine patentwidrige Benützung künftig nicht erfolgen wird.

Der Verfall der Eingriffsgegenstände ist nicht Verfall im Sinne des Eigenthumsverlustes und des Eigenthumsüberganges; er ist Verfall in dem Sinne, dass die Gegenstände der Staatsgewalt, hier der Gerichtsgewalt zur processualischen Disposition übergeben werden; die processualische Disposition ist aber die Vernichtung der patentwidrigen Eigenschaften, nöthigenfalls die Vernichtung der Sache. Eine solche Thätigkeit ist vollstreckende Thätigkeit, sie ist es ebenso, wie sonst die processualische Thätigkeit, die dahin geht, dass eine rechtswidrige Anlage zerstört wird. Was übrig ist, nachdem die Sache der patentwidrigen Form entkleidet wurde, verbleibt dem Beklagten, dem Patentverletzer.[29])

[28b]) Ueber die Ausdehnung dieses Begriffes s. unten S. 247.

[29]) Das Gesetz sagt in §. 100, die Sachen seien: „ihrer patentverletzenden Form zu entkleiden, nöthigenfalls aber zu vernichten". Damit ist zu erkennen

Digitized by Google

Eine Analogie hat das Markenrecht in der „Markenreinigung", in der Zerstörung der rechtswidrigen Marken auf Waaren oder Verpackung.

Die processualische Zerstörung erfolgt in Verwirklichung des negatorischen Rechtes; jenes negatorischen Rechtes, das dahin geht, dass eine Verletzung und Störung des Patentes nicht geschehen soll: darum müssen die das Patentrecht ständig bedrohenden und gefährdenden Gegenstände ihrer gefährdenden Gestalt entkleidet werden.

Das Zerstörungsrecht entspricht also dem negatorischen Anspruch des Patentes, es ist der negatorische Anspruch in processualischer Steigerung. Wie der negatorische Anspruch im Processe dadurch gesteigert werden kann, dass der Beklagte ein Strafverbot erhält, so kann er hier dadurch gesteigert werden, dass Gegenstände, welche eine Bedrohung des Patentes enthalten, ihrer bedrohenden Eigenschaften entledigt werden: wie die Gefahr weiterer Zuwiderhandlung durch richterliches Strafverbot beschworen werden soll, so durch eine Umgestaltung der patentwidrigen Sache.

Das Zerstörungsrecht entsteht mit der gerichtlichen Verfallserklärung; es trifft die im Besitze des Schuldigen befindlichen Gegenstände; im Besitze des Schuldigen, d. h. Desjenigen, dem die, obschon nur objective, Patentwidrigkeit zur Last fällt. Dazu gehört aber nicht blos der Thäter, dazu gehört auch der Gehilfe und Mitthäter, so insbesondere auch der Hausbesitzer, der sich die patentwidrige Einrichtung hat machen lassen, der also sein Gebäude dazu geboten hat, die Einrichtung herzustellen; nicht aber der, der lediglich einen patentwidrig gefertigten Gegenstand gekauft und seinem Hause verbunden hat, denn hier war die Patentwidrigkeit vollendet, ehe die Verbindung hergestellt worden ist.

Bemerkenswerth ist aber Folgendes: Während bei dem Thäter selbst die objective Patentwidrigkeit in Betracht kommt, so kann man den Hausbesitzer, der sich einen Apparat machen lässt, nur dann als Mitthäter oder Gehilfen bezeichnen, wenn

---

gegeben, dass es nur auf die Vernichtung und Entformung ankommt, nicht darauf, dass die Sachen als entformter Rohstoff in's Eigenthum des Fiscus fallen sollen. Dies stimmt auch mit der Möglichkeit der die Confiscation vermeidenden Sicherstellung in Absatz 1 überein.

Digitized by Google

auf seiner Seite eine Schuld liegt, sonst tritt sein Thun aus der Sphäre der Patentwidrigkeit heraus; denn die Qualität als Gehilfe oder Mitthäter erlangt er nur durch gemeinsame Schuld, nicht schon durch gemeinsames objectives Handeln: die Schuld verknüpft Dinge, die sonst rechtlich getrennt wäre: wenn der Mörder von A die Pistole kauft, steht der Verkäufer an sich ausser Zusammenhang mit der That; es entsteht aber ein solcher Zusammenhang, wenn der Verkäufer die Pistole zu diesem Zwecke verkauft hat oder doch von diesem Zwecke Kenntniss hatte.

Das Zerstörungsrecht kann nicht erworben werden, wenn die Sache sich nicht mehr im Besitze des Thäters befindet. Bemerkenswerth ist allerdings Eines: Ist der Gebrauch der Sache nicht ein privater, sondern ein gewerblicher, so ist auch der Gebrauch des gutgläubigen Besitzers eine objective Patentwidrigkeit, die Sache unterliegt daher wieder dem Verfall, nicht wegen der patentwidrigen Herstellung (denn bezüglich ihr ist von einem Zerstörungsrecht nicht mehr die Rede), sondern wegen der patentwidrigen Benützung.

Ein Zerstörungsrecht wird also nicht erworben, wenn die Sache in den Besitz eines Dritten gelangt ist, vorausgesetzt, dass dieser Dritte nicht den Besitz für den Patentverletzer (als mittelbaren Besitzer) hat; der Besitz des Dritten muss respectirt werden, sofern er auf Grund des Eigenrechtes besitzt; er muss respectirt werden, so lange dieses Eigenrecht dauert: nach dessen Erlöschen tritt das Zerstörungsrecht wieder in Kraft. Ist die Sache in das Recht eines Dritten gelangt, aber im Besitz des Patentverletzers geblieben, so kann das Zerstörungsrecht doch erworben werden, ebenso wie es erworben wird, wenn Dritte an der Sache des Patentverletzers Hypothekenrechte oder Executionsrechte erwerben. Anders wäre es nur, wenn etwa die Sache dem Erwerber übergeben wäre und er sie dem Patentverletzer zum Verwahrungsbesitze, zur Innehabung kraft Depositalrechts überantworten würde: hier wäre die Sache nicht mehr als patentwidriges Product in der Hand des Patentverletzters und er wäre nicht weiter daran betheiligt. Anders, wenn ihm die Sache etwa als Pfand zurückgelassen würde.

Ist die Sache überhaupt nicht im Eigenthum des Patentverletzers gewesen, ist es z. B. eine dem Dritten gehörige

Digitized by Google

Maschine, die dem Patentverletzer geliehen worden ist, oder die der Patentverletzer sich *per nefas* angeeignet hat, so findet die Zerstörung dennoch statt; doch wird man es hier dem Eigenthümer gestatten müssen, seinerseits zu interveniren und die Herausgabe der Sache zu begehren gegen die oben erwähnte *cautio de non turbando*.

Daraus geht von selbst hervor, dass das Zerstörungsrecht gewissermassen *in rem* geht: es trifft die im Besitze des Beklagten befindliche Sache, auch wenn ein Dritter Eigenthümer ist; es trifft sie insbesondere, wenn ein Dritter ein dingliches Recht hat, es trifft sie insbesondere auch gegenüber der Concursmasse mit ihrem concursmässigen Beschlagsrecht.[80])

Das Recht ist also ein negatorisch dingliches Sachenrecht, ähnlich dem Zerstörungsrecht bei dem *servitus altius non tollendi*, wenn der Belastete höher gebaut hat, oder dem Recht der Zerstörung, wenn der Nachbar servitutenmässig den Villenbau einhalten soll und eine Miethcaserne errichtet hat.

Also ein Zerstörungsrecht, ein negatorisches dingliches Recht! Aber ein Zerstörungsrecht, das mit dem Patentrechte als Immaterialrecht accessorisch verbunden ist: es dient ihm etwa wie das Prädialservitut dem Eigenthum! Eine höchst interessante juristische Erscheinung des modernen Rechts! Es geht natürlich mit dem Patentrechte über, wenn etwa das Patentrecht nach dem Urtheil veräussert wird: ein nach dem Urtheil erworbener Niessbrauch an dem Patentrecht, ein Pfandrecht daran, insbesondere ein Executions- oder Cautionspfandrecht ergreift auch dieses Zerstörungsrecht.

Diese totale oder doch theilweise Vernichtungsthätigkeit kann der Kläger abwehren durch Uebernahmeerklärung zum juristischen Schätzungswerthe, d. h. zu dem Schätzungswerth, den das Vollstreckungsgericht bestimmt. Die Uebernahme hat zu erfolgen natürlich baar gegen baar; sie erfolgt gegen Aufrechnung, soferne der Kläger bis zu diesem Betrage entschädigungsberechtigt ist; sie kann wenigstens gegen solche Aufrechnung erfolgen, denn es muss dem Kläger vorbehalten bleiben, das Geld baar zu bezahlen und die Aufrechnung auf

---

[80]) Anders ist es bei der lediglich strafrechtlichen Confiscation im deutschen Recht; vgl. Patentrecht, S. 582 f., Lehrb. des Concursrechts, S. 186.

Digitized by Google

eine andere Forderung zu vollziehen.[81]) Dass im übrigen zwischen beiden Theilen auch ein Uebereinkommen wegen Ueberlassung gepflogen werden kann, ist (für das Civilrecht) selbstverständlich; ist es doch sogar im Strafprocess zulässig.

Dieses Uebernahmerecht des Klägers beruht aber nicht auf dem negatorischen Rechte, denn solches gibt blos ein Recht auf die Negative, nicht ein Recht auf Aneignung; es beruht auf dem Recht des Patentberechtigten auf die Früchte der unberechtigten Erfindungsausbeute. Diese Früchte können natürlich in dem aus der Ausbeute entspringenden Gewinn im allgemeinen enthalten sein: hier geht das Fruchtrecht im Entschädigungsrecht und im Bereicherungsrecht auf; so insbesondere, wenn der Erfolg der Patentausübung keine körperliche Sache, sondern nur ein unkörperliches Resultat ist. Ist aber der Erfolg ein körperliches Product, dann können solche Producte als Früchte behandelt werden, und der Patentberechtigte hat einen Anspruch auf diese Früchte, soweit sie noch vorhanden, auf diese *fructus extantes*, und dieser Anspruch zeigt sich in dem Uebernahmerecht.

Dies ergibt sich noch aus Folgendem: Die Uebernahme geschieht gegen eine billige Schätzung; bei dieser Schätzung ist, wie oben bemerkt, die Licenzgebühr abzurechnen: der Patentberechtigte hat nur den Werth zu zahlen, nach Abzug der Licenzgebühr, die ihm zu entrichten gewesen wäre; was übrig ist, hat er zu zahlen oder durch Entschädigungsanspruch zu compensiren; was der Kläger gewinnt, ist der Licenzbetrag.

Allerdings wird dem Patentberechtigten diese Befugniss dadurch verkümmert, dass der Beklagte auch dieses Recht durch *cautio de non turbando* abwehren kann. Dies ist legislativ nicht zutreffend. Das österreichische Recht hat hier den negatorischen Standpunkt einseitig betont, das Fruchtrecht des Patentberechtigten zu wenig ausgebildet. Daraus ergibt sich insbesondere die Consequenz, dass das Recht des Patentträgers erlischt, sobald das Patent erlischt, dass mithin die während des Patentes producirten patentwidrigen Waaren nach Ablauf des Patentes nicht mehr für verfallen erklärt werden können, was dazu führen

[81]) So wenigstens nach der modernen Behandlung der Aufrechnung: über §. 1438 des österr. bürgerl. G. B. ist hier nicht zu handeln. Uebrigens hat das Compensationsrecht nach den §§. 100, 108 des Patentgesetzes seine Besonderheiten, die unten zu entwickeln sind.

Digitized by Google

kann, dass schon während der Patentdauer und namentlich gegen ihren Schluss hin wider das Patent gesündigt wird, in der Erwartung, die Producte nach Ablauf des Patentes sofort auf den Markt zu werfen. Dass dies innerlich unbegründet ist und dass es auch ungünstige wirthschaftliche Resultate herbeiführen kann, habe ich mehrfach gezeigt.[32])

Vom Standpunkt des österreichischen Rechtes aber muss diese Unrichtigkeit angenommen werden: denn wenn der Beklagte durch *cautio de non turbando* während der Patentdauer den Verfall und das Uebernahmerecht des Klägers abwehren kann, so versteht es sich von selbst, dass das ganze Uebernahmerecht scheitert, wenn man sich bereits am Schluss der Patentperiode befindet, mithin der Erfolg der *cautio de non turbando* bereits erreicht ist.

Dies ist also eine Incongruenz des Gesetzes; sie wird im allgemeinen gutgemacht durch das Entschädigungsrecht des Patentträgers; der Patentberechtigte, dem damit ein Theil der *fructus extantes* entgeht, der zugleich zu befürchten hat, dass er durch die sofort nach Ablauf des Patentes auf den Markt geworfenen Waaren des Gegners eine schädliche Concurrenz erleidet, kann beides bei Berechnung der Entschädigung in Ansatz bringen (und dies gilt auch bei der Bereicherung des gutgläubigen Patentverletzers). Solches wird in den meisten Fällen helfen; es hilft allerdings dann nicht, wenn der Beklagte zahlungsunfähig wird und die Entschädigung nicht entrichten kann; denn ein Vorrecht des Patentberechtigten in Bezug auf die Eingriffsgegenstände[33]) ist ihm für den Entschädigungsanspruch nicht gegeben; es ist ihm nur gegeben als Compensationsrecht, das er bei der Uebernahme hat gegenüber dem (Zahlung gegen Zahlung zu erfüllenden) Schätzungsanspruch; es ist ihm nicht gegeben, wenn es gar nicht zur Uebernahme kommt, sondern die Sachen gegen *cautio de non turbando* aus dem Verfall befreit werden oder gar wenn das Patent erlosch und die Sachen *ipso jure* vom Verfall frei sind. Ueber jenes Compensationsrecht aber ist alsbald näher zu handeln.

Das Uebernahmerecht des Patentberechtigten ist ein zu seinem absoluten Recht hinzutretender obligationsrechtlicher An-

[32]) Patentrecht, S. 584; Z. f. gewerbl. Rechtsschutz, IV, S. 403.

[33]) Wie im Schweizer Autorgesetz, 1883, a. 18.

Digitized by Google

spruch, ein Anspruch auf die Eingriffsgegenstände. Es ist ein obligationsrechtlicher Anspruch, kein dinglicher. Es könnte allerdings gedacht sein als dingliches Aneignungsrecht nach Art des Aneignungsrechtes des (römischen) Ususfructuars oder des Nachbarn, welcher berechtigt ist, sich Wurzeln des in sein Gebiet hinüberragenden Baumes abzuhacken.[34]) Dies ist aber weder der Sinn des deutschen Autorgesetzes §. 21, noch der Sinn des österreichischen Patentgesetzes §§. 100, 108; der Berechtigte erwirbt die Sache zu einem festzustellenden Schätzungspreise (beziehungsweise zu den Herstellungskosten), er erwirbt sie baar gegen baar, er erwirbt sie unter Assistenz des Gerichtes, er erwirbt die vom Gericht eingezogenen (für verfallen erklärten) Eingriffssachen: alles dieses deutet darauf hin, dass der Kläger nicht etwa durch einen einseitigen Aneignungsact Eigenthum erwirbt, sondern nur den obligationsrechtlichen Anspruch auf Eigenthumsübertragung hat; den Anspruch auf Eigenthumsübertragung hat er gegen den Beklagten, er hat ihn vom Processbeginn an; er geht auf die Eingriffssachen, die das Gericht dereinst im Urtheil für verfallen erklären wird; er ist dadurch zu verwirklichen, dass die Sachen nach Verfallserklärung, d. h. nachdem sie rechtlich in die Verfügung des Gerichtes gestellt sind, dem Kläger durch das Gericht übergeben werden.[35])

Allerdings ist das eine zu bemerken: wie das Zerstörungsrecht ein dingliches Negatorienrecht darstellt, das insbesondere auch gegen die Concursmasse wirkt, so wirkt die *obligatio ad tradendum* insofern *in rem*, als sie eine Aussonderung im Concurse gewährt und als sie auch wirkt trotz dinglicher Rechte Dritter. Der Patentträger kann alle für verfallen erklärten Gegenstände, auch die im Eigenthume Dritter stehenden, auch die vom Ususfruct oder Pfandrecht Dritter befangenen Sachen herausverlangen, und er kann die Execution verlangen ohne Rücksicht auf das Recht dieser Dritten; nur dass die von

---

[34]) Darauf läuft wohl die Anschauung Friedländer's hinaus, Arch. f. d. bürgerl. Recht, XII, S. 383 f.

[35]) So bereits Autorrecht, S. 307 f. Anderer Ansicht Friedländer im Arch. f. bürgerl. Recht, XII, S. 384, wonach der Uebereignungsanspruch des Erfinders nur „einen Vollstreckungsmodus neben der Vernichtung und Unbrauchbarmachung, einen Executionsprivilegium gegenüber dem Staat" enthält, nicht ein Recht „gegen den Beklagten auf Leistung".

Digitized by Google

ihm zu bezahlende Schätzungssumme den dinglich Berechtigten kraft Surrogationsrechtes zufallen muss. Ein solcher obligatorischer Anspruch mit Executionswirkung gegen Dritte findet sich aber auch sonst im Rechte: das Aussonderungsrecht im Concurse basirt darauf: das der Execution widerstrebende Recht Dritter wird durch *exceptio doli* zurückgewiesen; ich kann bezüglich der Construction auf mein Concursrecht verweisen.[36])

Dabei hat der Patentberechtigte gegenüber dem dinglichen Rechte Dritter und gegenüber der den Schätzungswerth begehrenden Concursgläubigerschaft noch ein Vorrecht, von dem eben gesprochen wurde: er hat für seine Entschädigungsforderung ein Compensationsrecht, ein Compensationsrecht, das ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Regeln des Compensationsrechtes vom Gesetze ertheilt wird: es wird ertheilt durch die ausdrückliche Bestimmung, dass der Patentberechtigte die Sachen um den Schätzungswerth „auf Abrechnung der ihm etwa gebührenden Entschädigung" übernehmen darf. Diese Abrechnung ist nicht deshalb erwähnt, weil überhaupt eine Compensation kraft Civilrechtes möglich ist; sie ist angeführt, um kundzugeben, dass hier eine specielle Aufrechnungsbefugniss, auch ohne die Bestimmungen des Civilrechts, gegeben ist, und dieses ist auch in der Gerechtigkeit begründet; denn es ist gerecht, dass die patentwidrige Waare zunächst für den Entschädigungsanspruch verfangen ist, und wir haben ja oben bemerkt, dass dieser Gedanke noch weiter hätte durchgeführt werden können. Daher findet ein Compensationsrecht statt, auch wenn nach dem obigen die Schätzungssumme nicht an den entschädigungspflichtigen Patentverletzer, sondern an dritte dinglich Berechtigte fällt.

Wie sich schon aus dem Obigen ergibt, besteht die Eigenthümlichkeit, dass der Anspruch des Erfinders nicht auf alle Eingriffsgegenstände geht, die zur Zeit der Klageerhebung im Vermögen des Beklagten existiren, sondern auf die seinerzeit für verfallen erklärten; und für verfallen erklärt werden diejenigen, welche im Momente des die Verfallserklärung aussprechenden Urtheiles im Besitze des Beklagten sind; allein da durch einstweilige Verfügung (Beschlagnahme) die Eingriffssachen sofort

[36]) Lehrb. des Concursrechtes, S. 170 f.

Digitized by Google

dieser künftigen Verfallserklärung in unwandelbarer Weise zugewidmet werden können, so sind genügende Mittel gegeben, um dem Erfinder *in thesi* alle zu jener Zeit vorhandenen Gegenstände zukommen zu lassen; mehr kann zu Gunsten einer solchen mit dem Processe entstehenden Obligation nicht begehrt werden.

Die Obligation geht also, näher bestimmt, auf diejenigen Eingriffsgegenstände, welche durch Verfallserklärung der Disposition des Beklagten entzogen werden; ebenso wie auch im dinglichen Recht eine Bestimmung dahin möglich ist, dass die Verpflichtung zur Uebertragung der *fructus extantes* nur diejenigen Früchte erfasst, welche gerichtlich saisirt und mit Beschlag belegt werden.

Soeben wurde betont, dass diese Uebereignungsobligation sich charakterisirt als ein Recht des Patentberechtigten auf die *fructus extantes*, allerdings nicht als dingliches Recht, wohl aber als Obligationsanspruch zur Verwirklichung des Zweckes des immateriellen Patentrechtes.[37]) Hiegegen ist in neuer Zeit Verschiedenes eingewendet worden.

Man hat gesagt, ein solches aus negatorischen und restitutorischen Bestandtheilen gemischtes Confiscationsrecht nehme eine recht complicirte Form an. Dieser Einwurf hat keine Kraft, soferne nur das Institut in dieser Gestalt dem Lebensbedürfnisse entspricht. Durchaus nicht immer ist im Recht das Einfache das Richtige; dies hat seinerzeit schon Bonaparte bemerkt.

Sodann hat man geltend gemacht, dass sich im deutschen Autorrecht die Confiscation nicht blos auf den Nachdruck, sondern auch auf die Nachdrucksvorrichtungen: Formen, Platten, Steine, Stereotypabgüsse u. s. w. bezöge (§ 21 des deutschen Autorgesetzes[38]), und vom Standpunkte des österreichischen Patentrechtes könnte man zur Geltung bringen, dass nicht nur die patentwidrig producirten, sondern auch die patentwidrig gebrauchten oder patentwidrig feilgehaltenen Gegenstände dem Verfall und damit der Uebereignung unterliegen, wie dies noch unten darzulegen ist. Allein die Platten, Steine und Abgüsse sind, soweit sie die autorgeschützte Idee enthalten, selbst als

[37]) Vgl. Autorrecht, S. 307 f.

[38]) Friedländer, Arch. f. d. bürgerl. Recht, XII, S. 383.

Digitized by Google

Früchte des Autorgutes anzusehen, denn sie gestatten ja die leichtere Möglichkeit der weiteren Vervielfältigung und enthalten damit die Potenz der Vervielfältigung in sich; sie sind jenen Sachfrüchten verwandt, die nicht direct nutzbar, sondern erst indirect verwendungsfähig sind; und dass der Nachdruck noch nicht mit Herstellung der Platten strafrechtlich vollendet ist, kommt für diese Frage nicht in Betracht.

Was aber die widerrechtlich gebrauchten oder feilgehaltenen Sachen betrifft, so ist zu bemerken: es sind Sachen, die noch innerhalb des Patentrechtes liegen, die also entweder durch ein patentwidriges Verfahren hergestellt wurden, oder die durch irgend ein Verfahren hergestellt wurden, aber, weil sie einem Stoffpatent unterliegen, ohne des Erfinders Erlaubniss überhaupt nicht hergestellt werden durften. Wie dem sein möge, so sind sie Früchte der Erfindung, Früchte, die allerdings der verurtheilte Patentverletzer nicht nothwendig selbst gezogen hat: denn er hat sie nur dann gezogen, wenn er die Sache patentwidrig producirt, nicht wenn er sie blos patentwidrig feilgeboten oder gebraucht hat; so wenn er z. B. Glühlichtkörper nicht selbst fabricirt, sie aber in seinem Geschäfte gewerblich benützt hat. Allein dies hindert nicht, dass diese Gegenstände Producte einer patentwidrigen Herstellung sind; und dass sie nicht von dem gebrauchmachenden B, sondern von einem Anderen, von dem er sie erwarb, hergestellt wurden, hindert nicht, dass sie Patentwidrigkeiten ihr Leben verdanken, und dass sie dem B ebenfalls wegen Patentwidrigkeit entzogen werden. Die Früchte der widerrechtlichen Patentausbeute werden dem Patentträger zugewendet, nicht nur wenn sie dem widerrechtlichen Producenten oder seinem Gehilfen abgenommen wurden, sondern wenn sie irgend einem abgenommen wurden, der durch eine Patentwidrigkeit an der Störung des Patentes theilgenommen hat; und zwar gleichgiltig, ob die verschiedenen Patentverletzer ein Consortium bilden (dann wäre ein jeder für die patentwidrige Production von vornherein haftbar), oder ob jeder Patentverletzer für sich handelt. Daher hat auch das deutsche Autorrecht die Bestimmung, dass die Nachdruckexemplare nicht nur in der Hand des Nachdruckers, sondern auch in der Hand des Buchhändlers oder gewerbsmässigen Verbreiters ergriffen werden (deutsches Autorgesetz, §. 21).

Digitized by Google

Zweierlei ist hier beizufügen: Oben wurde hervorgehoben, dass als Gehilfe der Patentverletzung nur der betrachtet werden kann, der schuldhaft thätig gewesen ist. Hier handelt es sich nicht um Gehilfen, hier handelt es sich um selbständige Patentverletzer, um Patentverletzer durch Production, Verbreitung, Gebrauch, die nicht nothwendig zusammenhängen, von denen auch jeder oder doch der eine oder andere in gutem Glauben sein kann. Das Confiscationsrecht und damit das Recht auf die *fructus extantes* trifft sie doch; denn nicht wegen ihres gegenseitigen Schuldzusammenhanges werden die einzelnen getroffen, sondern weil jeder ein Patentverletzer ist.

Sodann könnte man hervorheben, dass unsere Argumentation insofern einen Durchbruch erleide, als ja die feilgehaltenen oder gebrauchten Sachen im Auslande und somit ohne Eingriff in das inländische Patent producirt sein können, so dass sie mithin nicht als Früchte des Erfinderrechts zu betrachten seien. Dies würde aber nicht durchschlagen: mit dem Moment, wo solche Sachen das Inland betreten, vertreten sie solche Producte, die im Inland producirt sind und bei der Production unter dem Patente ständen, mithin Früchte des Patentes wären.

Unsere Ausführung über das Uebernahmerecht des Patentträgers als das Recht auf die *fructus extantes* findet im österreichischen Recht noch seine besondere Stütze in Folgendem:

Wie noch zu erwähnen, gibt es auch ein negatorisches Recht bezüglich der Productionsmittel, allein ein Uebernahmerecht zum Schätzungswerth ist nur für Eingriffsgegenstände statuirt.

Damit ist für das österreichische Recht von selbst die Ansicht derjenigen reprobirt, welche unter Ablehnung des von mir entwickelten Fruchtrechts diese Uebernahme aus dem negatorischen Anspruch oder aus der präventiven Function der Confiscation erklären wollten. Diese Autoren sagten: warum die betreffenden Gegenstände zerstören? Sie sind ja nur relativ schädlich oder gefährlich, nämlich gegenüber dem Patent- oder Autorberechtigten; will dieser sie übernehmen, so ist der Gefahr die Spitze abgebrochen.[39]) Darum statt der Zerstörung (oder absoluten Sicherung) die Uebernahme (oder relative Sicherung.)

---

[39]) Aehnlich Köbner, Massregel der Einziehung, S. 26.

Digitized by Google

Wäre dies richtig, so müsste die Uebereignung in Bezug auf die Arbeitsmittel in gleicher Weise erfolgen wie in Bezug auf die Producte, denn in beiden Fällen würde der Gefahr die Spitze abgebrochen. Die Beschränkung auf die Eingriffsgegenstände zeigt zur Genüge, dass es bei diesen seine besondere Bewandtniss hat, dass hier nicht etwa der blosse negatorische Anspruch zu Tage tritt.

Aber auch von principiellem Standpunkte aus ist jene Erklärung des Uebernahmerechtes unzutreffend. Sie wäre nur zutreffend, wenn diese Uebernahme gegenüber der Zerstörung ein reines Aequivalent oder ein Minus enthielte. Allein die Uebernahme kann gegenüber der Zerstörung ein Plus enthalten, sie kann für den Beklagten viel bedränglicher sein als die Zerstörung; etwas aber, das bedränglicher ist als die Zerstörung, ist durch den negatorischen Anspruch nicht gerechtfertigt: gerechtfertigt wäre nur, dass die Uebernahme vertragsmässig durch Uebereinstimmung mit dem Beklagten erfolgte, falls dieser im einzelnen Falle es nicht bedränglich fände oder mit Rücksicht auf andere Vortheile die Bedränglichkeit übernehmen wollte; es wäre aber nicht gerechtfertigt, dass dem Beklagten statt der Zerstörung die Uebernahme gegen seinen Willen angesonnen würde.

In der That wird die Uebernahme für den Beklagten sehr oft ein Plus des Nachtheiles enthalten, und zwar des wirthschaftlichen Nachtheiles wie des psychischen Schmerzes. Zunächst kann möglicherweise die Patententkleidung durch ziemlich geringfügige Aenderung erfolgen; dann behält der Beklagte das Material, und dies kann für sein Geschäft vielleicht gerade im Moment sehr vortheilhaft sein. Sodann kann die Uebernahme durch den Kläger eine Steigerung der Concurrenz dieses enthalten, die ihm misslich und bedränglich ist. Möglicherweise können andere indignirende Umstände vorliegen. Möglicherweise ist es dem Künstler lieber, wenn die von ihm gemalten Copien zerstört als wenn sie dem Kläger übereignet werden, der sie vielleicht zum Gegenstande des Spottes und der Satyre macht oder sonst in einer ihm wenig angenehmen Weise benützt; ebenso kann es dem Nachdrucker sehr bedränglich sein, wenn der Autorberechtigte die Platten ausgehändigt bekommt, die vielleicht sehr kunstvolle Nachbildungen enthalten, Nachbildungen, die

Digitized by Google

der Autorberechtigte gar nicht hätte herstellen können; es kann für den Patentnachahmer bedränglich sein, wenn die für verfallen erklärten Patentproducte dem Gegner übereignet werden, der vielleicht an den verfallenen Nachbildungen Studien machen kann über gewisse Geheimnisse im Verfahren des Beklagten, und es können solche Uebereignungen umso bedränglicher sein, als möglicherweise der Beklagte die Sachen noch gar nicht in diesem Zustande der Oeffentlichkeit übergeben wollte, sondern erst nach einer Umarbeitung, welche vielleicht die Spuren seiner Geheimnissfabrication tilgte u. a.

Auch abgesehen davon, wäre es gar Manchem seelisch lieber, seine Sachen zerstört zu sehen, als sie in der Hand des Gegners, des Feindes, des Concurrenten zu wissen. Das Recht der Zerstörung darf darum nicht beliebig in das Recht der Uebereignung umgewandelt werden, die Uebereignung *(contra voluntatem condemnati)* muss daher durch besondere Umstände gerechtfertigt werden; und der Rechtfertigungsgrund liegt darin, dass es sich um eine Frucht des dem Kläger zustehenden Immaterialrechtes handelt. Damit dürfte die Fruchttheorie gegenüber den Einwürfen Friedländer's und Köbner's genügend gerechtfertigt sein.

Nunmehr sollen diese *fructus extantes*, diese Eingriffsgegenstände, näher zur Darlegung kommen.

Eingriffsgegenstände im Sinne dieses Rechtssatzes sind alle durch das patentwidrige Verfahren hergestellten Producte; Eingriffsgegenstände sind bei Stoffpatenten alle durch irgend ein Verfahren hergestellten Producte, die nur der Patentberechtigte herstellen darf; Eingriffsgegenstände sind bei widerrechtlicher Veräusserung oder Feilhaltung die widerrechtlich veräusserten oder feilgehaltenen Producte, bei widerrechtlichem Gebrauche die widerrechtlich gebrauchten Patentsachen.

Diese Dinge sind Eingriffsgegenstände, mögen sie bewegliche oder unbewegliche sein, z. B. eine in das Gebäude eingelassene und dadurch unbewegliche Maschine oder ein eingebauter, patentwidriger Ofen oder ein aus patentwidrig hergestellten Steinen aufgeführtes Gebäude, ein dem Gebäude eingefügter patentwidriger Aufzug, endlich ein Gebäude, das selbst in patentwidriger Weise gewölbt oder fundirt worden ist. Bezieht sich die Patentwidrigkeit auf einen Theil und ist dieser nicht los-

Digitized by Google

lösbar, so unterliegt die ganze Sache dem Verfall[40]), insbesondere also, wenn die patentwidrige Construction mit Grund und Boden fest verbunden ist, oder wenn sich die Patentwidrigkeit nur auf ein Stockwerk des Gebäudes bezieht. Doch ist es mit dieser Untrennbarkeit streng zu nehmen; es muss wirklich die Sache so liegen, dass nach unserer Technik eine Loslösung nicht ohne Zerstörung der Gesammtsache möglich ist, welcher Zerstörung allerdings der Fall gleichkäme, wenn die Kosten der Lösung den Werth der Gesammtsache überstiegen.

Immer aber muss bemerkt werden: zu den Eingriffsgegenständen gehören nur Producte, die durch ein Verfahren hergestellt sind, nicht auch Sachen, an denen lediglich ein patentwidriges Verfahren seine Resultate hinterlässt. Daher kann ein Gebäude nicht Gegenstand der Confiscation sein, wenn es lediglich durch ein patentwidriges Verfahren ausgetrocknet worden ist oder bei ihm ein patentwidriges Verfahren angewendet worden ist, um die Wanzen zu vertreiben; oder ein Wald, wenn in ihm die Borkenkäfer durch eine patentwidrige Methode vertilgt, oder ein Landgrundstück, das nach einem dem Erfinder vorbehaltenen Verfahren bewässert oder entwässert worden ist. Schliesslich müsste man sonst auch einen Baum confisciren, der durch ein patentwidriges Verfahren gestützt, ein Bergwerk, das patentwidrig von Explosivgefahr gereinigt, einen See, dessen Wasser durch ein patentwidriges Verfahren von Tangen und anderen Unreinigkeiten befreit worden ist — schliesslich müsste man die ganze Stadt confisciren, wenn in ihr die Stechfliegen durch ein patentwidriges Verfahren vertrieben worden sind. Es muss sich also um die patentwidrige Herstellung einer körperlichen Sache handeln, nicht um die patentwidrige Herstellung eines an der körperlichen Sache zu Tage tretenden Resultates, nicht um die patentwidrige Verbesserung und Vervollkommnung der Sache; es müsste denn sein, dass diese durch solche Proceduren zu einer specifisch anderen wird: die Specificationslehre findet auch hier ihre Anwendung.

Ebenso kann zwar ein patentwidrig hergestelltes Product confiscirt werden, nicht aber ein Product, bei dessen Herstellung Begleithandlungen in patentwidriger Weise vorgekommen sind.

---

[40]) Vgl. auch schon Patentrecht, S. 586 f.

Digitized by Google

Der Palast ist nicht patentwidrig hergestellt, wenn etwa bei der Herbeiführung von Steinen ein patentwidriges Verfahren gebraucht wurde oder die Steine durch einen dem Erfinder vorbehaltenen Aufzug in die Höhe geschafft worden sind; sonst müsste schliesslich das Gebäude auch patentwidrig sein, wenn die Steine aus dem Bergwerk patentwidrig heraufbefördert oder die Arbeiter beim Bau mit patentwidrig fabricirten Nahrungsmitteln genährt worden wären oder der Baumeister beim Bau einen patentwidrigen Regenschirm gebraucht hätte.

Soweit die Verfallserklärung und Uebereignung der Eingriffsgegenstände.

Das österreichische Gesetz verfügt aber nicht nur den Verfall der Eingriffsgegenstände, sondern erklärt auch, dass die Werkzeuge, Vorrichtungen und Hilfsmittel, welche ausschliesslich oder vorzugsweise zur Begehung des Eingriffs dienten, unbrauchbar gemacht werden; aber auch hier mit dem Vorbehalt, dass der Thäter diese scharfe Folge durch *cautio de non amplius turbando* vermeiden kann, d. h. durch Sicherstellung, dass diese Productionsmittel für die Zeit des Patentes ausser Gebrauch gesetzt werden. [41])

Auch dieses Zerstörungsrecht ist präventiv; der Grund liegt allerdings hier nicht darin, dass die Veräusserung solcher Gegenstände einen Eingriff in das Patentrecht enthielte; auch ihr Gebrauch *in abstracto* ist nicht patentwidrig, wohl aber der Gebrauch *in concreto*, und es besteht die Gefahr, dass er es noch in Zukunft sein wird. Auch hier handelt es sich um ein negatorisches Recht, und zwar um ein durch Processverfügung gesteigertes negatorisches Recht, wonach Sachen, die dem Patentberechtigten gefährlich und bedrohlich sind, ihres bedrohlichen Charakters entkleidet werden müssen. Es gilt hier das früher Bemerkte. Auch das bedarf keiner weiteren Durchführung, dass es sich hier nicht um ein Uebernahmerecht von *fructus extantes* handelt, dass also die Confiscation hier nur negatorischen, nicht auch fruchtrechtlichen Charakter hat.

Voraussetzung des Zerstörungsrechtes ist, dass es sich um solche Hilfsmittel handelt, die zum patentwidrigen Gebrauche

[41]) Ausser Gebrauch, d. h. ausser patentwidrigen Gebrauch; es zu verbieten, dass sie zu anderen erlaubten Zwecken benützt werden, läge nicht in der Bestimmung der Sache, wenn auch das Gesetz allgemein spricht.

Digitized by Google

speciell bestimmt waren, so dass dieser Gebrauch principiell ihre einzige Verwendung darstellte oder doch so vorwiegend war, dass diese Verwendung als die einzige gelten konnte: es ist eine specielle Destination und Zuordnung für den patentwidrigen Zweck erforderlich. Denn haben die Arbeitsmittel eine allgemeine Bestimmung, so ist ihre Unbrauchbarmachung keine zur Sicherung des Patentrechtes nothwendige, ja kaum dazu dienliche Massregel, da ja solche Gebrauchsmittel jederzeit umgetauscht und anderseits beschafft werden können; die blosse Minderung, dass man statt zweier tauglicher Geräthe jetzt fürder nur eines hat, ist nicht als Patentsicherung zu betrachten, und schliesslich könnte dies, wenn Geräthe abwechselnd für den einen und anderen Gebrauch bestimmt worden sind, zur Unbrauchbarmachung des gesammten Fabriksmaterials führen; solche durch zufällige Umstände herbeigeführte Möglichkeiten der Benützung dürfen nicht massgebend sein, es wäre dies nicht gerecht und nicht gerechtfertigt. Anders, wenn es sich um eine speciell für den bestimmten Zweck erfolgte Verwendung handelt: vielfach sind dann die Geräthe speciell dem Zwecke angepasst; aber auch wenn dies nicht der Fall ist, gebraucht man lieber die dem Zwecke vielleicht seit lange verfangenen Geräthe, als andere, die man erst neu erproben oder sich zurechtlegen müsste.

Ist das Geräthe durch den Fabrikanten selbst dem Zweck entfremdet worden, ist es definitiv zu anderen Zwecken bestimmt und dem bisherigen Gebrauch entzogen, so wird auch das Zerstörungsrecht nicht erworben: es ist ein Diener des Patentrechtes und wird nur erworben, so lange und soferne die Umstände bestehen, welche die Patentgefahr begründen. Vorausgesetzt ist natürlich, dass die Zuruhesetzung oder Zweckentfremdung des Geräthes eine ernstliche und definitive gewesen ist, nicht etwa eine blos vorübergehende oder eine fingirte, vielleicht mit Rücksicht auf die drohende Gefahr des Processes.

So weit das Zerstörungsrecht bezüglich der Eingriffsgegenstände und der Eingriffswerkzeuge. Es entsteht, wie bereits oben bemerkt, nicht *ipso jure,* es ist eine processualische Steigerung des civilistischen Rechtes, und diese Steigerung tritt ein durch richterliche Erklärung: mit der Erklärung des Verfalles, bezw. mit der Erklärung, dass das Werkzeug unbrauchbar zu machen ist; und da es nur an den Sachen begründet werden

Digitized by Google

kann, die sich noch im Besitze des Patentverletzers befinden, so liegt die Gefahr sehr nahe, dass die berechtigte Aussicht des Patentträgers durch vorherige Veräusserung der Sache zunichte wird. Hier tritt, wie bereits oben bemerkt, die Beschlagnahme als sicherstellende Vorkehrung ein (§. 105, 108).

Die Beschlagnahme hat eine factische und rechtliche Bedeutung; sie wirkt rechtlich als Veräusserungsverbot[42]). factisch hindert sie die Verbringung der Sache; sie garantirt damit die Möglichkeit, dass das Zerstörungsrecht entstehe und sie garantirt die Möglichkeit, dass es ausgeübt werden kann.

Noch bleibt das Verhältniss der strafprocessualischen Confiscation zur civilistischen zu erörtern.[43]) Die strafprocessualische Confiscation beruht nicht auf dem negatorischen Recht; sie beruht auf dem Zwecke des Strafprocesses, eine polizeiliche Präventive zu spielen gegen die Wiederholung der Rechtswidrigkeit. Sie wäre denkbar, ohne dass eine civilrechtliche Confiscation gegeben, ohne dass ein negatorisches Recht vorhanden wäre.

Allein sie steht mit dem negatorischen Recht nicht im Widerspruch, sie verfolgt die gleichen Zwecke, wenn auch auf anderem Wege: die Patentverletzung ist nicht nur ein Eingriff in das Civilrecht, sie ist auch ein Delict; die Verhütung des Eingriffes in das Civilrecht verhütet auch das Delict und die Verhütung des Delicts verhütet auch den civilistischen Eingriff; die polizeiliche Präventivmassregel dient zur Sicherung des Civilrechtes, die Sicherung des Civilrechtes dient zur Verhütung weiterer strafbarer Handlungen.

Ein Conflict könnte nur entstehen, wenn die strafprocessualische Präventivmassregel in einer dem negatorischen Recht widersprechenden Weise gestaltet wäre. Dies ist nicht der Fall: beides geht *pari passu*. Sogar die Beschlagnahme kann im Civil- und Strafverfahren erfolgen. Noch mehr: die präventive Strafprocessmassregel überdauert den Strafprocess. Erfolgt im Straf-

---

[42]) Ueber diese veräusserungshindernde Wirkung der Beschlagnahme vgl. Patentrecht, S. 591. Sie ist von besonderer Bedeutung unter Gesetzgebungen, wo das Eigenthum ohne Besitz übergehen kann.

[43]) In dieser Hinsicht sind zwei neuere Schriftsteller in umgekehrter Weise einseitig. Friedländer (Arch. f. d. bürgerl. Recht, XII, S. 382, 392 f.) will nur die civilrechtliche, Köbner (Massregel der Einziehung, S. 26, 56) nur die polizeilich präventative Natur der autorrechtlichen Einziehung gelten lassen.

Digitized by Google

processe eine Freisprechung unter Anerkennung dessen, dass objective Eingriffshandlungen vorgenommen wurden, dass mithin eine Gefahr für die Zukunft gegeben ist, so kann trotz des freisprechenden Urtheiles der Verfall und die Unbrauchbarmachung ausgesprochen werden (§. 101).

Auch darin geht beides *pari passu*, dass auch im Strafprocess die Verfallserklärung nur auf Verlangen des Verletzten auszusprechen ist. Wie es dem Verletzten freisteht, zu bestimmen, ob negatorisch gegen den Beklagten vorgegangen werden soll oder nicht, so ist es auch seine Sache zu bestimmen, ob Massregeln zur künftigen Verhütung des Vergehens getroffen werden sollen oder nicht. Letzteres könnte befremdend erscheinen, allein man muss berücksichtigen, dass es sich um ein Delict handelt, das nur auf Verlangen des Verletzten, nur auf Privatanklage verfolgt wird (§. 97), bei dem es also in das Ermessen des Verletzten gestellt ist, ob eine Reaction stattfinden oder das Delict geduldet werden soll.

Im Strafprocess endlich wie im Civilprocess wird die Confiscation durch das Fruchtrecht gekreuzt, denn dieses ist zwar nicht Ausfluss des Präventivrechts, es steht aber mit der Präventivbestimmung nicht im Widerspruch; darum ist kein Grund vorhanden, es bei Verfolgung der präventiven Strafprocesszwecke ausser Betracht zu lassen.

§. 6. Fragen aus dem Licenzrecht.

Zu den wichtigsten Fragen des Licenzrechtes gehört das Verhältniss von Recht und Pflicht. Man hat diese Frage sehr verwirrt durch die schillernde Vieldeutigkeit des Ausdruckes Licenz. Würde man die Licenz auf das blosse einfache Gebrauchsrecht beschränken und die sonstigen Fälle des einem Dritten eingeräumten Erfindungsgenusses ausscheiden, so würde die Sache wesentlich gefördert.

So ist einmal das Licenzrecht wohl zu unterscheiden von dem Recht des Monopolisten, dem die Befugniss ertheilt ist, über die Ausnützung der Erfindung in einem bestimmten District allein und selbständig zu walten; das Licenzrecht ist aber auch wohl zu unterscheiden von dem Verlagsrecht im Erfindungswesen.[44]) Warum sperrt man sich so sehr, ein Verlagsverhält-

[44]) Vgl. Aus dem Patent- und Industrierecht, I, S. 101 f.

Digitized by Google

niss im Erfinderrecht anzunehmen und es mit all seinen Eigenheiten durchzuführen? Soll ein Verhältniss nicht möglich sein, dass ein Erfinder sich ausbedingt: B darf meine Erfindung benützen, er soll sie aber auch benützen; er soll es thun, einmal weil die Erfindung bekannt werden und Aufnahme finden soll; er soll es ferner thun, weil man die Licenzgebühr nach der Anzahl der Erfindungsproducte oder nach dem Umfang des Erfindungsverfahrens bemisst? Sind derartige Verhältnisse nicht durch die Erfordernisse des Lebens dringend indicirt? Und sie kommen vor, sie kommen häufig vor, sie erscheinen unter der Firma Licenzen; aber die mannigfachen Irrthümer der Praxis zeigen, wohin der Mangel scharfer juristischer Fassung und Unterscheidung führt. So in Deutschland, wie in England. Mit Recht hebt Lindley im *Court of Appeal*, 1. August 1894[45]) hervor, dass eine Licenz mit der Verpflichtung *to advertise and push the sale of the .... inventions and use their success* nicht als einfache Licenz aufzufassen sei: *this is a grant of a right to use the patent coupled with obligations both on the grantor and on the grantees.* Aber es gibt Mittelstufen. Es ist auch denkbar, dass der mit der Erfindung betraute Drittberechtigte nicht irgend eine Pflicht übernimmt, die Erfindung auszunützen, wohl aber die Pflicht, wenn und soweit er es thut, es in bestimmter Weise zu thun, so insbesondere bei der Erfindungsbenützung die Art des Erfinders streng aufrechtzuerhalten und die Erfindungsproducte zu markiren, überhaupt die Erfindung als Erfindung des betreffenden Erfinders zur Geltung zu bringen. In diesem Falle hat er nicht nur das Individualrecht des Erfinders zu wahren, er hat es durch positive Handlungen in seiner Wirksamkeit zu fördern; er hat die intellectuelle Verknüpfung zwischen Erfinder und Erfindung nicht nur nicht zu hinterhalten, er hat dahin zu wirken, dass sie allgemein bekannt und anerkannt wird. Er gleicht in diesem Falle dem Theaterdirector oder dem Capellmeister, der auf Licenz hin ein fremdes Stück aufführen darf, aber es als Stück des Autors aufführen muss und sich darum auch der Abweichungen vom Originalstücke zu enthalten hat. Er muss die Erfindung so ausführen, wie sie gemacht ist, er muss den Namen des Erfinders angeben.

---

[45]) Patent . . . Report, XI, S. 541, 553.

Digitized by Google

Anders die gewöhnliche Erfindungslicenz: sie gleicht dem Falle, wenn Jemand einem Theaterdichter den Entwurf eines Dramas, einem Componisten eine Melodie zur weiteren musikalischen Behandlung ohne jeden Vorbehalt überlässt. Hiedurch verliert der Uebertragende sein Individualrecht nicht; er kann jederzeit zur Geltung bringen, dass die von ihm gelieferten Theile von ihm sind, er kann es zur Geltung bringen, damit dies im Publicum anerkannt wird; er kann damit allerdings das Benützungsrecht des Licenzträgers nicht schmälern. Ganz ebenso verhält es sich bei Erfindungen mit der gewöhnlichen Erfindungslicenz: auch hier kann der Erfinder zur Geltung bringen, dass die Erfindung ganz oder zum Theil von ihm herrührt; er kann es, nicht um den Licenzträger in seinem Genusse zu beeinträchtigen, aber er kann es der Anerkennung seines Verdienstes wegen; wie ja auch der Angestellte, dessen Erfindung dem *dominus* zukommt, beanspruchen kann, dass ihm sein intellectuelles Verdienst gewahrt bleibe.[46]) Zwischen Erfindung und Autorrecht ist nur der Unterschied, dass bei der ersteren die Licenz zumeist eine, ich möchte sagen, unpersönliche ist und der Licenzträger zwar das intellectuelle Verdienst des Erfinders nicht verkümmern darf, aber auch nicht verpflichtet ist, dessen Anerkennung durch positives Handeln zu fördern; während bei den Autorlicenzen eine „persönliche" Uebertragung mit der Pflicht der Hervorhebung der intellectuellen Betheiligung die Regel, eine unpersönliche Uebertragung, bei der der Autor in die Versenkung schwindet, selten ist. Diese Verschiedenheit ist factisch, nicht rechtlich; sie beruht darauf, dass das Individualrecht bei Autorsachen viel intensiver ist als bei Erfindungen, weil Autorwerke, die dem Cultus des Schönen dienen, an der Vielseitigkeit und Unbestimmbarkeit des Schönen theilnehmen und zugleich, wie

---

[46]) Aus dem Patent- und Industrierecht, III, S. 17. Auffallend unrichtig ist eine allerdings lange zurückliegende Entscheidung des österr. obersten Gerichtshofes, 21. Nov. 1866, Glaser-Unger, 3225 (auch bei Munk patentrechtliche Licenz, S. 4), wonach es ein giltiger Vertrag sei, wenn Jemand die Ehre der Erfindung auf einen Anderen überträgt. Warum nicht auch die Ehre, einen Roman geschrieben, den Faust gedichtet, die Meistersinger componirt zu haben? Das wären glänzende Aussichten für reichgewordene Parvenüs, die nun für Geld zu grossen Dichtern und Componisten von Rechtswegen aufstiegen!

Digitized by Google

jede Schönheitsauffassung, von dem geistigen Leben des Individuums bedeutend abhängen; während es sich bei Erfindungen um eine technische Bewältigung von Naturmitteln handelt, die zwar auch in ihrer Art die Eigenweise des Individuums an sich tragen kann, in Grund und Wesen aber in der begrenzten Sphäre der Naturkräfte verläuft und weder die schillernde Vielgestaltigkeit des Schönen aufweist, noch die Lebensauffassung des Autors mit der durch sie bedingten Lebensstimmung wiedergibt.[47])

Dazu kommt, dass bei Erfindungen sich sehr leicht Verbesserung an Verbesserung reiht; gelingt es nun dem Erwerber der Licenz, die Erfindung weiter zu bringen, sei es durch Neuconstructionen, sei es durch Verbesserungserfindungen, so ist es der Sachlage völlig entsprechend, dass er sich nicht sclavisch an die Ausübungsform des Erfinders zu knüpfen braucht, dass er die Erfindung in erneuter, vielleicht ganz umgestalteter Weise ausüben kann, und dass er darum auch nicht gehalten ist, das Product als der Idee des Erfinders entsprechend zu bezeichnen — ja eine solche Bezeichnung könnte nunmehr sachwidrig und irreführend sein. Diesem Verhältniss entspricht nicht eine Licenz mit, sondern eine Licenz ohne Betonung der Erfinderindividualität, und darum muss diese auch als Regel betrachtet werden.

Weitere wichtige Fragen ergeben sich aus der Verbindung des Licenzrechtes mit der Gegenleistung im zweiseitigen Vertrage. Als Typus dieser Verbindung steht der Miethvertrag in erster Reihe. Wenn man die Frage aufgeworfen hat, ob der Licenzträger mit dem Servitutenberechtigten oder dem Miether in Parallele zu stellen sei, so ist die Frage völlig unrichtig gefasst. Die dingliche Stellung des Licenzträgers ist etwas anderes, als seine Stellung im Kreis des zweiseitigen Obligationsverhältnisses. Warum soll jemandem nicht ein Servitut ertheilt werden, die er nach den Regeln des Miethvertrages auszuüben hat? — da ja die Servituten heutzutage nicht als fest und unwandelbar gelten, sondern beliebig normirbar und zeitlich beschränkbar sind. Ja, warum soll nicht Jemand ein temporäres, vorübergehendes Eigen-

[47]) Darauf beruht der Unterschied, dass sehr häufig zwei Personen zugleich eine und dieselbe Erfindung machen, sehr selten aber zwei, von einander unabhängig, dasselbe Autorwerk.

Digitized by Google

thum als Miether haben können? Wir sind in dieser Beziehung noch viel zu sehr befangen in den Typen des römischen Rechtes, welches die Beweglichkeit und Vielgestaltigkeit unserer Verhältnisse noch nicht kannte. Die eine Frage ist ja die Frage über das Recht an der Sache, die andere ist die Frage über das Obligationsverhältniss zu der Person, welche dieses Recht an der Sache in zeitlich beschränkter Weise einräumte; der zeitlichen Beschränkung kann ein zeitlicher Lohn entsprechen, welcher sich richtet nach Art und Zeit des zur Verfügung gestellten Genussrechts; und die Verknüpfung des auf solche Weise eingeräumten Genussrechts mit dem Lohn als Gegenleistung, und zwar mit einem nicht in Pauschalweise festgesetzten, sondern mit einem der (zeitlich sich abwickelnden) Genussmöglichkeit entsprechenden Lohn bildet die Eigenheit des Miethvertrages. Dem steht nicht im Wege, dass in den meisten Fällen der Sachmiethe der Miether kein Servitutenrecht und kein temporäres Eigenthum erwirbt, sondern ein speciell für den Miethvertrag zugerichtetes Recht, von dem man ja noch Zweifel hegt, ob man es als dingliches Recht oder als blos obligatorisches Gebrauchsrecht (mit Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermiethers) charakterisiren soll. Denn was in den meisten Fällen geschieht, ist nicht das unwandelbare, und was in den meisten Fällen beim Sachenrecht geschieht, ist darum nicht auch die Regel beim Immaterialrecht.

Nichts anderes als eine Art des Miethvertrages ist es auch, wenn die Miethlohnpflicht sich nicht rein zeitlich periodisch entwickelt, sondern nach dem Masse des Gebrauchs der Sache; z. B. ich miethe mir das Recht, des Nachbars Brunnen zu benützen gegen einen Obolus für jeden Fall der Benützung: hier ist der Lohn nicht bestimmt nach der Zeit, in welcher dem Miether die abstracte Benützungsmöglichkeit zusteht, sondern nach dem Masse, wie er die Benützungsmöglichkeit zur That werden lässt. Diese Art der Licenzmiethe ist im Erfinderrecht besonders häufig. Sie vereinigt verschiedene Vortheile: die Freiheit des Licenzträgers in der Ausübung wird dadurch gesteigert, dass auch ein indirectes Kompelle durch fixe periodische Miethzahlung nicht besteht; andererseits wird der Hazard, der in der Ueberlassung und Uebernahme einer neuen Erfindung gegen feste Gegenleistung liegt, wesentlich abge-

Digitized by Google

schwächt und eine gerechte Vertheilung von Nutzen und Lohn angebahnt.

Naturgemäss birgt das Miethverhältniss beiderseits Verpflichtungen guten Glaubens. So hat im Falle der eben erwähnten Stücklohnberechnung der Licenzträger natürlich dem Erfinder von der Höhe seines Absatzes Rechnung zu geben und ihm die entsprechenden Belege mitzutheilen. Diese Pflicht kann gesteigert sein; es kann dem Licenzträger vertragsmässig auferlegt werden, dem Erfinder regelmässig Kunde zukommen zu lassen und ihm Belege gewisser Art zu unterbreiten. Ja, es kann diese Pflicht bis zur Bedingung erhoben werden, unter deren Bann die Licenz steht, so dass eine Erfindungsausnützung ohne Erfüllung ihrer Pflicht nicht innerhalb, sondern ausserhalb der Licenz steht und daher als Patentbruch verfolgt werden kann. Allerdings wird man hier die Bedingung so verstehen müssen, dass eine nachträgliche Erfüllung der Pflicht unter Genehmigung und Gutheissung des Erfinders noch als Erfüllung der Bedingung betrachtet werden kann.

Eine zweite Pflicht der *bona fides* ist die dem Vermiether obliegende Pflicht der Gewähr für die bestimmungsgemässe Brauchbarkeit der Sache. Hier kommt es bei der Licenzmiethe sehr darauf an, was man als „Sache" zu betrachten hat, und da ist es wesentlich, dass die Licenz nicht ein blos negatives Verbot, sondern eine positive Gestattung darstellt. Wer eine Licenz will, der will etwas Positves, er will, dass ihm ein Förderungsmittel der Industrie zur Verfügung steht. Nichts irriger darum als die Idee, wornach die Licenz blos der Verzicht auf ein Untersagungsrecht, die Hebung eines auf der Industrie liegenden Bannes wäre: was thue ich mit einem solchen Verzicht, wenn es sich um den Verzicht auf etwas ganz Unwesentliches, Bedeutungsloses handelt! Dies tritt umsomehr hervor, als die Licenz vielfach die Pflicht der Instruction, der technischen Unterweisung, der Darlegung von wichtigen Handgriffen enthält. Die Erfindung braucht ja im Patent nur insoweit hervorzutreten, dass ein Sachverständiger sie auf Grund der Patentbeschreibung verwirklichen kann; wer aber eine Licenz erwirbt, will nicht erst noch lange constructive Versuche auf Grund der Patentbeschreibung machen, er will, dass ihm nöthigenfalls vom Erfinder die Handgriffe gelehrt werden, um ohne weitere tech-

Digitized by Google

nische Versuchsarbeit fabriciren zu können. Der Erfinder, der Licenzen ertheilt, gleicht nicht dem Eigenthümer, der sagt: ich verzichte, Dir gegenüber, auf die *actio negatoria*, so dass Du, ohne die *negatoria* befürchten zu müssen, Dich in meinem Hause installiren kannst; sondern er gleicht dem Eigenthümer, der dem Miether sein Haus zur Verfügung stellt und ihm ein Recht an dem Hause gewährt. Wie daher der Vermiether verpflichtet ist, dem Miether die nöthige Anweisung zu geben über die Benützung der Wohnung und ihm die Schlüssel zu überreichen, so ist der Erfinder verpflichtet, den Licenzträger, soweit es zur Ausbeute der Erfindung nöthig, in die Einzelheiten einzuweihen und ihm die erforderliche Belehrung zu geben.[48])

Nicht selten kommt es auch vor, dass mit einer patentirten Erfindung eine Reihe von Geheimerfindungen in Verbindung stehen und dass der Licenzvertrag nur der Theil eines auf den ganzen Complex solcher Erfindungen gerichteten Vertrages ist: hier wird bezüglich der patentirten Erfindung Licenz ertheilt, vielleicht auch sachgemässe Anweisung gegeben; bezüglich der Geheimerfindung aber besteht die Leistung in Enthüllung des Geheimnisses. Juristisch sind diese Leistungen insofern verschieden, als es sich bei der Licenz um eine Gestattung innerhalb eines durch die Rechtsordnung geschützten Rechts, bei der Geheimnissmittheilung um Unterweisung in Gebieten handelt, welche dem Erfinder nur factisch vorbehalten sind, abgesehen von dem nur indirect damit zusammenhängenden Individualschutz gegen Geheimnissverrath. Einander verwandt aber sind die Leistungen doch: in beiden Fällen gewährt der Erfinder dem Mitcontrahenten ein Industriemittel, das erstemal durch Rechtsübertragung hinsichtlich eines in seinem Alleinrecht stehenden Erfindungsgutes, das anderemal durch factisches Zurverfügungstellen von etwas, das so zu sagen im (factischen nichtjuristischen) Alleinbesitze des Erfinders ist. Es ist also eine ähnliche Verwandtschaft und eine ähnliche Verschiedenheit, wie zwischen einem Recht und einem (nicht juristisch geschützten) Besitz.

---

[48]) Die richtige Ansicht über das Licenzrecht, die ich schon vor nahezu 20 Jahren entwickelt habe, hat Munk, Patentrechtliche Licenz, S. 18 f. Ganz verkehrt Schall, Arch. f. civ. Prax., 72, S. 130, der annimmt, dass ich hier von der Immaterialrechtstheorie aus zu unrichtigen Ergebnissen gelangt sei! Vgl. auch Jurist. Literaturbl., IX, S. 130 f.

Digitized by Google

Inhalt der Gewährspflicht ist nun, dass die Erfindung die aus der Beschreibung und aus der etwaigen Ankündigung und Zusage sich ergebenden Eigenschaften hat, und dass auch die geschichtlichen Mittheilungen über die bisherige Benützung und ihre Resultate pünktlich der Wahrheit entsprechen. Inhalt der Gewährspflicht ist nicht, dass die Erfindung einen Verkehrserfolg haben werde. Wer einen Laden vermiethet oder den Annoncentheil eines Blattes, ist zur richtigen Angabe aller entsprechenden Umstände, namentlich der früheren Ergebnisse verpflichtet, er haftet aber nicht dafür, dass der Laden oder die Zeitung prosperirt und kann selbst dann nicht haftbar gemacht werden, wenn der andere Theil nachweist, dass er seinerseits alle Bedingungen des Gedeihens erfüllt hat und die Sache trotzdem zurückgeblieben ist.

Eine Lösung des Verhältnisses ist daher nicht gestattet, wenn neue Erfindungen auftauchen, welche die Erfindung, die den Gegenstand der Licenz bildet, zurückdrängen; dies selbst dann nicht, wenn der Erfinder selbst solche schädliche Concurrenzerfindung gemacht hätte und für sich ausbeutete. Es ist ebenso, wie wenn jemand ein landwirthschaftliches Grundstück in Pacht gäbe und selbst ein anderes Grundstück in der Nähe bebaute. Die Frage ist anders, wenn Jemand einen Handelsbetrieb veräussert, insbesondere, wenn mit Firma: hier wird in der Veräusserung eine gewisse Reserve in Bezug auf das künftige Concurrenzhandeln mit enthalten sein: die Veräusserung oder Vermiethung eines Handelsbetriebes wird vom Verkehr zugleich als Veräusserung der Kundschaft aufgefasst; wogegen die Veräusserung oder Vermiethung einer Erfindung nicht als Veräusserung der mit der Erfindung verbundenen Erfolge gedacht ist. Das Erfindungsleben ist so reich und zeigt täglich so grosse Ueberraschungen, dass die Uebertragung einer Erfindung nicht die Garantie mit enthalten kann, dass in dem betreffenden Kreise keine weiteren Erfindungen gemacht werden, oder dass sie nicht mit einem der übertragenen Erfindung verhängnissvollen Erfolge gemacht werden. Sie enthält auch nicht die Garantie, dass der Erfinder bezüglich einer neuen Erfindung die Hände in den Schoss legen und nicht zu ihrer Ausführung schreiten werde: das kann, das soll er nicht, das wäre dem öffentlichen Interesse und, sofern er ein Patent hat, seiner Verpflichtung als Träger des Patentes zuwider.

Digitized by Google

Noch weniger hat der Erfinder die Pflicht, dem Licenzträger neue Erfindungen bekanntzugeben, denn er hat ja die Erfindungslicenz nicht in der Art gewährt, dass er dem Licenzträger alles mittheilen wolle, was ihm in diesem Kreis der Industrie an Rechten zufliessen werde. Wer ein Bergwerk verpachtet, ist nicht gehalten, auch ein zweites in die Verpachtung drein zu geben, das er etwa später auffindet, erwirbt und betriebsam macht, — auch dann nicht, wenn es zu allernächst an das erste anstossen würde. Und wer ein Haus mit einem schwerfälligen Zugang vermiethet und für seine Nachbarhäuser sich einen bequemen Zugang baut, ist nicht verpflichtet, dem ersten Miether die Theilnahme an diesem Zugang zu gewähren. Das wäre völlig den Grundsätzen unserer Einzelwirthschaft widersprechend.[49]) Gar mancher kann für die eine Erfindung Garantien genug geben, dem man eine weitere Erfindung nicht anvertrauen möchte: die Durchführung der einen Erfindung kann er vielleicht übernehmen, die der anderen nicht; die neue Erfindung liegt vielleicht, wenn auch innerhalb desselben Problems, doch in einem ganz anderen Industriekreise. Das gilt selbst bei Zusatz- und Verbesserungserfindungen.

Vertragsmässig kann natürlich die Erstreckung der Licenz auf solche künftige Verbesserungserfindungen bedungen werden. Verträge dieser Art sind für die Licenzbeflissenen sehr zu empfehlen, namentlich einem reichbegabten Erfinder gegenüber. Ein solcher Vertrag ist ein Vorvertrag, ein *pactum de contrahendo*; der entsprechende Miethzins kann zum voraus fest bestimmt, er kann auch in das *arbitrium boni viri* gestellt sein. Aber auch ein Vertrag in der Art ist möglich, dass jemand einem anderen sofort Licenz ertheilt für die Erfindung sammt allen künftigen Verbesserungserfindungen, so dass es nicht eines neuen Licenzvertrages in Bezug auf diese künftigen Dinge bedarf und der Miethbetrag schon in dem bisherigen Miethzins inbegriffen ist. Giltig sind solche Verträge, sofern nicht bestimmte allgemein vertragsrechtliche Gründe entgegenstehen; man kann zwar keinen solchen Vertrag mit Rechtsgiltigkeit abschliessen bezüglich aller künftigen Erfindungen,

---

[49]) Siehe schon Patentrecht, S. 264. Vgl. jetzt auch Munk, Patentrechtliche Licenz, S. 91 f.

Digitized by Google

die man machen wird — dies wäre eine unstatthafte Bindung der Persönlichkeit, es wäre auch ein Versprechen über Dinge, die sich im voraus jeder vernünftigen Berechnung und Abwägung entziehen; anders aber ein Vertrag über Patentlicenzen in einem bestimmten, durch die eine Erfindung und ihre möglichen Verbesserungen und Umgestaltungen bezeichneten, genau beschränkten Kreise. Solche Verträge haben einen genügend charakterisirten Inhalt und entsprechen wesentlichen Erfordernissen des Verkehrs.

Zur Uebertragung der Verbesserungserfindungen ist also an sich der Patentvermiether nicht verpflichtet, für die künftige Wirksamkeit der übertragenen Erfindung ist er nicht verantwortlich; nur eines muss man sagen: wer Licenzen gibt, ist verpflichtet, wenn er bereits perfecte Verbesserungen seiner Erfindung kennt, sie dem Licenzträger mitzutheilen oder ihm doch nicht zu verschweigen, dass derartiges besteht: dies wäre nicht eine blosse Nichtmittheilung, es wäre ein wirkliches Verhehlen; denn der Licenzträger würde beim Vertragsabschluss darauf bauen, dass ihm der Erfinder den gegenwärtigen Status seines Erfindungsbesitzes in der betreffenden Sphäre kundgebe, — er würde darin getäuscht. Dagegen ist der Erfinder natürlich nicht verpflichtet, solche Verbesserungsideen mitzutheilen, die in ihm noch nicht gehörig ausgereift und ausgearbeitet sind, die er noch nicht in der Lage ist, in vollendeter Weise in die Praxis umzusetzen; der Erfinder ist verpflichtet, die Erfindung in ihrem ganzen Status mit all ihren Accessorien zur Darlegung zu bringen, er ist aber nicht verpflichtet, den Licenzmiether in das noch unsichere, in seinen Ergebnissen unbestimmte Arbeitsgebiet seines Genius einzuweihen.

Oben wurde dargelegt, dass der Patentvermiether nicht für den Erfolg einsteht; eine Lösung des Verhältnisses ist daher nicht gestattet, wenn der Erfolg ausbleibt: auch in diesem Falle kann der Miether den Vertrag nur in der allgemein vertragsmässigen Weise kündigen oder aufheben.

Anders ist es, wenn durch spätere Verhältnisse nicht blos der Erfolg beeinträchtigt, sondern die ganze Industrie, für welche die Erfindung bestimmt ist, ertödtet würde. So wenn ein rechtliches Verbot der Industrie erginge, z. B. wenn eine Industrie verstaatlicht würde, wenn gewisse Aufführungen, wofür die Erfindung bestimmt ist, untersagt würden, z. B. die

Digitized by Google

Aufführung von Caroussels, der öffentliche Verkauf eines Mundwassers oder eines sonstigen Medicamentes.

Aber auch, wenn durch factische Ereignisse die Industrie aufhört, ist dies ein Grund, den Miethvertrag aufzuheben. Man denke sich den Fall, dass eine Industrie unmöglich würde, weil z. B. ein unentbehrlicher Stoff nicht mehr zu beschaffen wäre (z. B. eine seltene Erdart), oder dass es sich um Herstellung eines Krankheitsmittels handelte und die Krankheit völlig verschwände, oder dass eine Erfindung für die Krappcultur gemacht wäre und diese Cultur völlig aufgegeben würde, oder für eine Schreibmaschine und man sich allgemein des Phonographen bediente; oder für eine Dampfeisenbahn und diese hinter dem elektrischen Betriebe völlig verschwände, oder für ein Mittel der Kriegsführung, während es nun keine Kriege mehr gäbe.

Hier handelt es sich natürlich überall um Fälle, wo nicht die Erfindung innerhalb derselben Industrie durch eine andere Erfindung überholt wird — diese Eventualität muss jeder auf sich nehmen, der sich mit einer Erfindung befasst — sondern um den Fall, dass eine Weise der Industrie völlig verschwindet aus factischer Unmöglichkeit des Betriebes oder infolge der Constellation der wirthschaftlichen oder socialen Verhältnisse.

In diesen Fällen hat der Miethberechtigte die Befugniss. den Licenzvertrag zu lösen, ebenso wie etwa Jemand, der sich miethweise ausbedungen hätte, auf dem Nachbargrundstück Torf zu graben, wenn dieser Torf sich erschöpft, oder auf dem Nachbargrundstück Experimente über die Vertilgung der Reblaus anzustellen, wenn dieses Gethier vom Erdball verschwände; und ebenso wie Jemand, der einen Restaurationsraum für die Ausstellung miethete, wenn diese Ausstellung nicht stattfände, oder eine Tribüne oder ein Fenster für einen Festzug, wenn der Festzug unterbliebe.

Dies und nichts anderes wollte ich über die wirthschaftliche Gebrauchsvernichtung der Erfindung besagen[50]); nicht etwa die ökonomische Unergiebigkeit, sondern die Unmöglichkeit, die betreffende Erfindung bei den vorhandenen gewerblichen Voraussetzungen auszuüben, kommt in Betracht. Um wieder das

---

[50]) Patentrecht, S. 180. Unrichtig hiegegen Munk, Patentrechtliche Licenz, S. 144.

Digitized by Google

obige Beispiel zu gebrauchen: wer ein Fenster für den Festzug um theures Geld vermiethet hat, kann sein Geld fordern, auch wenn der Festzug in recht verunglückter Weise vor sich geht; aber er kann es nicht verlangen, wenn der Festzug unterbleibt oder eine andere Richtung nimmt. Die Miethe der Erfindung ist ein gewagtes Geschäft, insofern, als es ungewiss ist, wie die Erfindung ausschlägt, aber nicht insofern, als es ungewiss ist, ob die Erfindungsausübung überhaupt eine mögliche Industrie findet, an die sie sich wenden kann.

Oder um ein Beispiel aus dem Autorgesetze zu geben: der Verleger hat das Buch zu drucken und das Honorar zu bezahlen, auch wenn das Buch keinen Absatz findet. Handelt es sich aber z. B. um einen Führer für die Ausstellung oder um den Fahrplan einer elektrischen Bahn, so ist der Verleger hiezu nicht verpflichtet, wenn die Ausstellung gar nicht zustande kommt, oder die elektrische Bahn gar nicht betrieben wird. Ja, auch den praktischen Commentar eines Gesetzes braucht er nicht mehr in Druck zu geben, wenn das Gesetz unterdessen aufgehoben worden ist; oder die für praktische Zwecke bestimmte Gesetzessammlung, wenn die Gesetze abgeschafft sind, oder ein Unterrichtsbuch für Schulen nach einer bestimmten Lehrmethode, welche im ganzen Bereich, wofür das Buch bestimmt ist, aufgehoben wird.

Digitized by Google

IV.

Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen.

Für das österreichische Recht beleuchtet

von

Professor Dr. **Schiffner** in Innsbruck.

Im Hinblicke auf die §§. 602 und 1249 a. b. G. B. (Hfd. vom 25. Juni 1817, Nr. 1340 J. G. S.) wird gewöhnlich gemeint, dass nach österreichischem Recht Erbeinsetzungsverträge nur unter Eheleuten (und Brautleuten) zulässig seien; so von mir selbst noch in meinen Studien über den „Vermächtnissvertrag" §. 15 und über die „gesetzlichen Vermächtnisse" auf Grundlage des römischen und österreichischen Rechts §. 45. Ein Zusammenhang der Erbverträge mit den Adoptionsverträgen wird für das österreichische Recht — übrigens zumeist auch für das auswärtige Recht — entweder nicht beachtet oder aber geradezu abgelehnt; letzteres von Schuller in seiner Monographie über die Annahme an Kindesstatt nach den Grundsätzen des österr. a. b. G. B. 1837, S. 134, welcher S. 132 dazu sogar auch den §. 879, Nr. 4 heranzieht, obgleich diese Bestimmung von dem Nachlasse einer dritten Person handelt. [1])

---

[1]) Aehnlich für den *code civil* Aubry und Rau, *cours de droit civ. français*, §. 560, Anm. 15, welche sich auf die a. 791,' 1130 und 1600 (auf das Verbot des *pactum de hereditate tertii viventis*) berufen; s. ferner Puchelt in der Herausgabe von Zachariä's franz. Civilrecht, §. 560, Anm. 5, welcher unter Verweisung auf vorstehende Bestimmungen bemerkt, dass eine contractliche Regelung des Erbrechts nur als Schenkung im Ehevertrage zulässig sei, womit aber schon Puchelt's eigene Bemerkung ad §. 735 *a*, Anm. * nicht stimmt.

Digitized by Google

In Wirklichkeit kommen nun aber vertragsmässige Erbeinsetzungen aus Anlass von Adoptionen auch in Oesterreich giltig und häufig vor, ebenso wie u. A. im deutschen [2]) Reiche.

Ja einzelne Stimmen aus Deutschland erklären für das moderne Recht, dass die Adoption „im Grunde" einen Erbververtrag bilde. [3]) Dies geht aber wieder zu weit.

Allerdings nach älterem deutschen Recht war bei seinen Vergabungen von Todeswegen an einen nicht zur Familie Gehörigen die Adoption nicht so sehr ein familienrechtlicher als ein wesentlich erbrechtlicher Vertrag, eine *adoptio heredis* oder eine *adoptio in hereditatem (in hereditate)* [4]), wie umgekehrt da der Erbvertrag mitunter eine (beschränkte) Adoption zu dem Zwecke einer erbrechtlichen Wirkung oder sonst ein familienrechtliches Geschäft war. [5])

Im heutigen Rechte dagegen ist grundsätzlich die Adoption zunächst ein familienrechtlicher Act, nämlich ein Act zur Be-

---

[2]) Förster, preuss. Pr. R. §. 247, II a. E., Dernburg, preuss. Pr. R. III § 176, g. E.; vgl. die Motive zum I. Entwurfe des deutschen b. G. B. (hier fortan citirt: I. Motive), IV, S. 996.

[3]) So namentlich jetzt Dernburg, a. a. O. §. 178, und zwar zunächst für das preussische Recht, mit dem aber in der Adoption die modernen Codificationen, insbesondere die österreichische, vielfach verwandt sind; s. auch Gruchot, preussisches Erbr., III, S. 378 unds chon Berger, *oec. jur.*, I, 3, 14 *ed.* Haubold, S. 156, Schott, *instit. jur. Sax. ed.* Haubold, S. 153, Zobel, Sachsenspiegel, Bl. 235, Glosse zu II, 30 (*„de adoptionibus,* das ist zu deutsch von den gewillkürten Erbnehmen"), Hommel, *rhaps.* V, *obs.* 661, n. 5 (*„pactum successorium"*), Reyscher, württ. Pr. R. III, §. 612; dagegen bereits Haubold, sächs. Pr. R. §. 92.

[4]) S. Stobbe, deutsches Pr. R. §. 258, I, sammt Nachweisen, dazu Heusler, Inst. des deutschen Pr. R. II, S. 621 f. Vorwiegend ein erbrechtlicher Act (und zwar ein einseitiger) war auch die *adoptio testamentaria* des älteren römischen Rechts, Leonhard, Institutionen, §. 56, Anm. 3, und ist die *adoption par acte testamentaire* des *code civil* a. 366 (darüber Zachariä, l. c. §. 561; Aubry und Rau, l. c. §. 561); mit Recht wurde eine solche Art der Adoption abgelehnt in ob. I. Motiven, IV, S. 957.

[5]) S. Stobbe, §. 298, Anm. 12, mit Bezug auf Val de Lièvre in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, XVII, S. 26 f. Eine häufige Art des Erbvertrags (der Einkindschaftsvertrag) ward von der älteren Jurisprudenz geradezu für eine *nova species adoptionis* angesehen; s. die Citate bei Beseler, Erbverträge, II, 2, S. 65 f. und dawider neuestens Heusler, II, S. 478. Gegen die familienrechtliche Natur des Erbvertrages jetzt ausdrücklich ob. I. Motive, V, S. 311.

Digitized by Google

gründung eines familienrechtlichen Verhältnisses, d. i. aber nicht — wie im reinen römischen Rechte, namentlich im älteren — gerade eines Gewaltverhältnisses.[6]) So wird denn auch nach dem a. b. G. B. §. 183, 184 zwischen den Wahleltern und dem Wahlkinde ein gleiches oder doch ein ähnliches Rechtsverhältniss „wie zwischen Eltern und ehelichen Kindern" begründet, und zwar zum mindesten mit der „wesentlichen Wirkung" des §. 182, d. i. mit der Wirkung der Namensübertragung.[7])

Eine mögliche gesetzliche „Wirkung"[8]) dieses Kindesverhältnisses ist dann das Kindeserbrecht, welches an sich an die Adoption von Rechtswegen als Folge[9]) geknüpft ist und sonach als ein gesetzliches Erbrecht erscheint (§. 755 a. b. G. B.[10]). Das gesetzliche Erbrecht aus der Adoption bringt ein Pflichttheilsrecht des Adoptirten mit sich (Hfd. vom 10. Mai 1833,

---

[6]) S. Stobbe, §. 258, I g. E., II, 4, auch die gute Uebersicht in ob. I. Motiven. IV, S. 954 f.; dazu liv-, est- und curländisches Privatrecht, Art. 187, Züricher G. B. §. 725, Huber, Schweizer. Pr. R. I, S. 410 f. und jetzt das deutsche b. G. B., §. 1757, al. 1: „Durch die Annahme an Kindesstatt erlangt das Kind" im Allgemeinen (§. 1767) „die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden"; aus den Commissionsprotokollen der II. Lesung dieses bürgerlichen Gesetzbuches (herausgegeben von Achilles u. A. — hier fortan citirt: II. Protokolle) s. Bd. IV, S. 725. Für das gemeine Recht s. freilich gegenüber der Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes, VI, S. 171: Schirmer, Röm. Erbr., §. 11, Anm. 26, Windscheid, Pand., §. 524, §. 571, Anm. 6, Köppen, Lehrb. d. heut. röm. Erbr. S. 390 f.

[7]) In letzterer Beziehung s. Zeiller bei Ofner, Protokolle, I, S. 167 und schon preuss. L. R. II, 2, §. 704 nebst Anhang §. 102; dazu ob. I. Motive S. 994.

[8]) S. namentlich die Ausdrucksweise der ob. I. Motive, IV, S. 993 f.

[9]) Wenn Krainz, österr. Pr. R., §. 453, Anm. 16, als „gewöhnlichen Zweck" der Adoption die erbrechtliche Succession bezeichnet, so hat er dabei den gewöhnlichen entfernteren Zweck vor Augen.

[10]) Ueber das gemeine Recht neuestens Köppen, l. c. §. 60. Die neuen Gesetzeswerke gewähren alle ein Kindeserbrecht, so nunmehr der ungarische Erbrechtsentwurf §. 19 und das deutsche b. G. B., §§. 1757 cit., 1767 (dazu II. Protokolle, IV, S. 732 f.); in dem liv-, est- und curländischen Privatrecht, Art. 1874, erhalten aber Adoptivkinder ein gesetzliches „Erbfolgerecht" nur in das wohlerworbene, beziehungsweise auch in das bewegliche Vermögen der Adoptiveltern. Eine Specialität im sächs. G. B. §. 2050, ung. Entw. §. 36; vgl. schon Ofner, Protokolle I, S. 460; dazu Mommsen, Entw. eines deutschen Reichsges. über das Erbr. S. 168, ob. I. Motive IV, S. 988. — In Ansehung der Wirkung auf die Nachkommen des Adoptirten s. §. 183 a. b. G. B., §. 1762 deutsches G. B., für das bisherige gemeine Recht die cit. Entscheidung des Reichsgerichts und

Digitized by Google

Nr. 2610 J. G. S. [11]); es ist aber kein gegenseitiges (§. 756 [12]); auch besteht keine „erbrechtliche Verbindung“ [13]) zwischen dem Adoptirten und den Verwandten des Adoptirenden (§. 183, 755 [14]).

---

für die Particularrechte die Uebersicht in ob. I. Motiven IV, S. 978 f.; dazu Mommsen, §. 28, ung. Entw. §. 19. — S. noch unten bei Anm. 32.

[11]) Nach gemeinem Recht hat nur der *minus plene adoptatus* kein Notherbenrecht gegen den Annehmenden, c. 10 *C. de adopt.*; F. Schröder, Röm. Notherbenrecht, S. 230 f. In den meisten neuen Codificationen ergibt sich ein Notherbenrecht des Adoptirten aus dessen gesetzlichem Erbrecht als selbstverständlich, s. z. B. Huber, Schweizer. Pr. R. II, S. 271 f.; ausdrücklich sächs. G. B. §. 2567, ung. Entw. §. 83; s. auch den I. Entwurf des deutschen b. G. B. §. 1628 und ob. II. Protokolle, IV, S. 732 f., 735 f. Ein anomal beschränktes Pflichttheilsrecht gewährt das Züricher G. B. §. 971 und das Thurgauer Erbgesetz §. 52.

[12]) Aus gutem Grund, s. Zeiller bei Pfaff und Hofmann, Comm. II, S. 731, aber auch Unger, System, VI, §. 31, Anm. 12. Eine ähnliche Begründung wie Zeiller haben jetzt ob. I. Motive, IV, S. 988 f. zum deutschen G. B. §. 1759; daselbst s. noch die sonstigen neuen Legislationen in demselben Sinne; dazu liv-, est- und curländisches Pr. R., Art. 1876. Ein beschränktes Rückfallsrecht *m. c.* geben dem Adoptirenden der *code Nap.* a. 351 f. und mit diesem der *code civil* für Neuenburg a. 262 f., Mommsen, §. 28 (darüber Schiffner, ges. Verm. §. 52*a*), dawider ob. I. Motive, S. 989; ein beschränktes Erbrecht gewährt das Züricher G. B. § 881 und das Thurgauer Erbgesetz §. 51, ein subsidiäres Erbrecht das Civilgesetzbuch für Solothurn §. 543 f. und der ung. Entw. §. 19. Das bisherige gemeine Recht wieder hat bekanntlich diesfalls keinen einheitlichen Rechtssatz (s. nur die Zusammenfassung bei Pfaff und Hofmann, l. c.); ihm folgt das bayer. L. R. III, 12, §. 3, Nr. 6. — Ein Notherbenrecht hat der Annehmende nur in wenigen Codificationen, so im *cod. civile* für Tessin a. 481, so beschränkt im Züricher G. B. §. 971 und im Thurgauer Ges. §. 52; s. dagegen eigens ung. Entw. §. 92. Nach gemeinem Recht hat der Adoptirende ein Notherbenrecht, soferne er ein Intestaterbrecht hat, Windscheid §. 579, A. 6, Schröder, Röm. Notherbenrecht, S. 248 f.

[13]) So die Ausdrucksweise des Züricher G. B. §. 726.

[14]) Dies wird von Unger l. c. gebilligt; s. auch deutsches b. G. B. §. 1763 und die Particularrechte bei Stobbe, §. 258, Anm. 61, wie in ob. I. Motiven, IV, S. 979 f.; dazu Mommsen, §. 28, liv-, est- und curländisches Pr. R., Art. 1874, Züricher G. B. §. 726 und überhaupt Huber, II, S. 109 f. Hinsichtlich des preuss. L. R. II, 2, §. 707 vgl. Koch, preuss. Erbr. S. 914 f. Weiter gehen aber Art. 1876 des liv-, est- und curländischen Pr. R., §. 19 ung. Entw. Im bisherigen gemeinen Recht besteht diesfalls Streit bezüglich der vollen Adoption, s. die Citate in ob. Anm. 6 a. E. — In Oesterreich ist übrigens ein gesetzliches Erbrecht des Adoptirten auch nach dem Ehegatten des Adoptirenden begründet, wenn dieser Ehegatte die Adoption seitens des anderen Ehegatten gebilligt, obzwar etwa nicht auch seinerseits vorgenommen hat, §. 755 a. b. G. B.; Hüttner, ges. Erbfolge, §. 105, Pfaff und Hofmann II, S. 730 (s. jedoch die

Digitized by Google

Die erwähnte erbrechtliche Stellung des Adoptirten ist eine natürliche oder gewöhnliche[15]) Folge der Annahme an Kindesstatt. Indess war früher nach einzelnen Gesetzgebungen ein Erbrecht des Angenommenen nur dann begründet, wenn dasselbe im Adoptionsvertrage wirklich eingeräumt, also damit ein Erbvertrag verbunden worden war.[16]) Insbesondere nach dem Josef. G. B. IV, §. 28 f. hatte der Adoptirte kein gesetzliches Erbrecht, konnte aber einen gewissen Antheil des Vermögens des Adoptirenden vertragsmässig zugesichert erhalten, welcher ihm dann nur aus solchen Ursachen genommen werden durfte, aus denen leibliche Kinder enterbt werden können.[17]) Auch im westgalizischen Gesetzbuche wurde ein gesetzliches Erbrecht des Wahlkindes nicht erwähnt und waren überhaupt alle Wirkungen der Adoption erst durch Vertrag zu regeln (I, §. 157[18]).

Andererseits ist selbst im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch die obige erbrechtliche Verbindung doch keine „wesentliche Wirkung" der Kindesannahme, indem das Kindeserbrecht von den Parteien „durch Vertrag anders bestimmt werden" kann als durch das Gesetz[19]); dies ergibt §. 184,

---

Commentare von Winiwarter und Kirchstetter h. l.); auf einem principiell verschiedenen Standpunkte steht das preuss. L. R. II, 2, §. 657 f. und das deutsche b. G. B. §. 1746, s. ob. I. Motive, IV, S. 961 f.

[15]) Vgl. Zeiller, Comm. ad §. 184, dann liv-, est- und curländisches Pr. R., Art. 1874 („auch ohne Vertrag . . .").

[16]) S. Stobbe, §. 258, A. 61 und noch das liv-, est- und curländische Pr. R. Art. 1874 („kraft besonderen Vertrags").

[17]) Damit war also, — im Anklang an die irrige ältere gemeinrechtliche Lehre von der Widerruflichkeit der Erbverträge wegen Undankbarkeit des Bedachten (Hartmann, Erbverträge, S. 69, 84, Gruchot, preuss. Erbr. II, S. 373 f.), — bereits ein ähnliches Rücktrittsrecht des Vertragserblassers zur Strafe anerkannt wie jetzt im deutschen b. G. B. §. 2294.

[18]) Gegen diese gesetzliche Behandlung s. Zeiller bei Ofner, Prot. I, S. 167 und Hüttner, l. c. S. 274.*

[19]) So einhellig die Commentatoren ad §. 184, beziehungsweise 755. So auch preuss. L. R. II, 2, §§. 703, 705, sächs. G. B., §§. 1797, 2044, 2567, hess. Entw. I, 3, A. 79 sammt Motiven I, S. 196, liv-, est- und curländisches Pr. R., A. 191 f., deutsches b. G. B., §. 1767, Bähr, Gegenentwurf, §. 1465; dazu die ob. I. Motive, IV, S. 993 f. und die II. Protokolle, IV, S. 735 f. Nach französischem Recht ist die Frage nicht gesetzlich entschieden und sind die ob. Anm. 1 Angeführten gegen Zachariä für die Unzulässigkeit einer contractlichen Aenderung, aber aus unzureichenden Gründen. Auch im gemeinen Rechte ist die Lage nicht geregelt, wenngleich Stobbe, §. 258, III die Abänderlichkeit allgemein

Digitized by Google

obgleich man bei seiner Redigirung das Erbrecht absichtlich nicht in Verhandlung gezogen hatte.[20])

Das gesetzliche Erbrecht (beziehungsweise das Pflichttheilsrecht) aus der Adoption kann nun aber durch Vertrag vor allem in der Weise alterirt werden, dass dasselbe durch Vertrag geradezu ausgeschlossen oder beschränkt wird.[21]) In solchem Falle liegt dann ein (gänzlicher oder theilweiser) Erbverzicht[22]), (beziehungsweise Pflichttheilsverzicht) vor, obgleich freilich die erbrechtliche Aussicht des Verzichtenden erst durch die Adoption selbst eröffnet wird.[23])

Durch Vertrag kann ferner — und damit kommen wir auf die uns hier hauptsächlich berührende Frage — sogar eine über das gesetzliche Erbrecht aus der Adoption hinausgehende erbrechtliche Begünstigung eingeräumt sein[24]), und zwar vornehmlich unter Minderung der *ab intestato*

---

vorträgt; die ob. I. Motive l. c. sagen, dass daher die Frage nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist; diese werden aber wohl die positiven Vorschriften über das künstliche Institut der Adoption im Zweifel als *cogentes* ergeben.

[20]) Ofner, I, S. 167, 169.

[21]) Etwa eigens zu Gunsten der nächstfolgenden Anwärter, Krainz, österr. Pr. R. §. 488. Die Commentare von Zeiller und Nippel ad §. 184 erwähnen die Beschränkung, aber nicht die Ausschliessung; s. gleichfalls die Motive zum hess. Entw. I, S. 196; dagegen das deutsche b. G. B. §. 1767, al. 1 (vgl. I. Entw. §. 1628 — auch gegenüber Gierke d. Entwurf eines b. G. B., S. 489 a. A. —, dann Bähr, Gegenentwurf, §. 1465) nur die Ausschliessung; damit ist natürlich auch das *minus*, die Beschränkung, gestattet, trotz al. 2 eod.; genauer ob. I. Motive, IV, S. 995. — Selbstredend hat im Falle derartiger Alterirung des Erbrechtes von derzeit Minderjährigen die vormundschaftliche Behörde bei der Genehmigung der Adoption besonders vorsichtig zu sein, preuss. L. R. II, 2, §. 705, Motive zum hess. Entw. l. c.

[22]) Schuller, S. 133.

[23]) Vgl. Pfaff und Hofmann, Excurse, II, S. 31 f., 43 mit Meissels in Grünhut's Zeitschr. XVIII, S. 2, XIX, S. 93 f. Das deutsche b. G. B. setzt im §. 2346 als Verzichtende „Verwandte" oder den Ehegatten des Erblassers voraus; indess wird man angesichts des §. 1757 unter diesen „Verwandten" auch die bürgerlich Verwandten zu verstehen haben, ebenso wie im §. 2349 unter dem „Abkömmling" des Erblassers auch das Wahlkind; s. noch §§. 1924, 2053, 2303, ob. I. Motive, V, S. 359, 382 und die Einreihung des Titels über die Annahme an Kindesstatt in den Abschnitt von der „Verwandtschaft".

[24]) Eine vertragsmässige „Erweiterung" „der Erbfolge" ergibt sich auch aus Zeiller's Comm. ad §. 184. Ungenau auch diesfalls das deutsche b. G. B. §. 1767; s. gleichfalls die Motive zum hess. Entw. I, S. 196.

Digitized by Google

begründeten erbrechtlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Wahlkindes oder eines späteren leiblichen Kindes des Annehmenden. Dies ist dann ein sogenannter adquisitiver (erbgebender[25]) Erbvertrag. Schuller, l. c. S. 134, freilich erklärt einen solchen in Oesterreich für ungiltig; allein wenn es möglich ist, dem Wahlkinde eine schlechtere erbrechtliche Stellung zu geben, als die eines ehelichen Kindes, so muss es auch möglich sein, dem Wahlkinde eine bessere erbrechtliche Stellung zu geben, als die eines ehelichen Kindes; sind ja doch die Vorschriften über die Adoption vor allem gegen eine Benachtheiligung des Anzunehmenden gerichtet, wie schon jene Einseitigkeit des gesetzlichen Erbrechtes aus der Adoption zeigt.

Ein erbgebender Vertrag kann aber auch zu Gunsten des Annehmenden errichtet werden, namentlich als gegenseitiger Erbvertrag, und zwar selbst nach solchen Gesetzgebungen, welche dem Annehmenden kein gesetzliches Erbrecht gewähren, wenn nur nicht die fraglichen Vorschriften einen absoluten Charakter an sich tragen. Insbesondere ist ein solcher Vertrag kraft unseres §. 184 anzuerkennen, wie überhaupt jede erbrechtliche Aenderung der Adoptionsvorschriften[26]) (vergebens spricht sich Schuller S. 134 wieder dagegen aus). Begreiflich wird da aber bei einem minderjährigen Adoptanden die Vormundschaftsbehörde mit noch grösserer Vorsicht als sonst die Vortheilhaftigkeit der Adoption für denselben zu prüfen haben, zumal wenn dessen Vermögen grösser ist als das des Adoptirenden; §. 1250 a. b. G. B.[27])

Selbstverständlich ist es[28]), dass Vereinbarungen von Aenderungen, welche über das gesetzliche Erbrecht aus der Adoption hinausgehen, überhaupt den Rechten dritter Personen

[25]) Dieser Ausdruck bei Gengler, deutsches Pr. R. §. 199.

[26]) Desgleichen nach preuss. L. R. II, 2, §. 703. Nach dem deutschen b. G. B. ist aber die Bestimmung des §. 1759, dass durch die Annahme an Kindesstatt ein Erbrecht für den Annehmenden nicht begründet wird, eine absolute, indem der §. 1767 eine vertragsmässige Aenderung derselben ausdrücklich ausschliesst; dazu ob. I. Motive, IV, S. 995 f., welche aber mit Rücksicht auf den Wortlaut des §. 1767, al. 2, die einfache Umgehung durch nachfolgenden Erbvertrag mit dem (grossjährigen) Adoptirten zulassen; s. unten bei Anm. 47.

[27]) S. besonders noch preuss. L. R., II, 2, §. 705.

[28]) Schuller, S. 140.

Digitized by Google

nicht nahe treten können. Dafür kann auch die ausdrückliche Bestimmung des §. 184 a. b. G. B. angeführt werden.[29]) Gewöhnlich wird dabei auf den Todesfall des Adoptirenden nur an die Rechte dritter Personen hinsichtlich der Lehen, Familienfideicommisse, Stiftungen u. dgl. gedacht (vgl. §. 755 a. b. G. B.[30]).

Indess dürfen ebenfalls (hinsichtlich des frei vererblichen Vermögens) etwaige Pflichttheilsrechte dritter Personen durch jene ändernden Verträge nicht beeinträchtigt werden, soferne nur diese Pflichttheilsansprüche ungeachtet der vorausgegangenen Adoption überhaupt begründet sind.[31]) Unter Wahrung derartiger Pflichttheilsansprüche kann dagegen die vereinbarte Aenderung allerdings sonstige erbrechtliche Aussichten dritter Personen beeinträchtigen, wie ja die Adoption schon in ihrer regelmässigen Bewirkung eines gesetzlichen Kindeserbrechts (trotz §. 183, Satz 3) Aussichten Dritter auf ein gesetzliches Erb- oder Pflichttheilsrecht nach dem Adoptirenden mittelbar zu alteriren vermag.[32])

Durch Vertrag kann aber endlich das gesetzmässige Erbrecht aus der Adoption von den Parteien auch geradezu (bindend) vereinbart sein[33]), ganz oder theilweise. Dann hat man es mit einem sogenannten conservativen oder reservativen oder erbsichernden Erbvertrage[34]) zu

---

[29]) S. gleichfalls die Motive zum hess. Entw., I, S. 196.

[30]) S. Ofner, Protokolle, I, S. 460, Stubenrauch, Comm. ad §. 184, Anders, österr. Fam. R. §. 50, A. 15; vgl. ob. I. Motive des deutschen b. G. B., IV, S. 988.

[31]) Dies ist nach österr. Recht der Fall zu Gunsten der etwaigen anderen Wahlkinder und der späteren leiblichen Kinder des Adoptirenden, beziehungsweise eines allfälligen leiblichen Ascendenten des Adoptirten.

[32]) S. in letzterer Beziehung (gegenüber Zeiller, Comm. ad §. 184) Ofner, I, S. 169, Schuller, S. 139, Stubenrauch in der Zeitschr. f. ö. R. Gelehrs., 1847, I, S. 75 f., Pfaff und Hofmann, Comm. II, S. 729 („sogenannte Reflexwirkung"). S. ferner z. B. noch Aubry und Rau §. 560, A. 16. Unrichtig die Entscheidung Nr. 2627 in der Sammlung von Glaser und Unger. Singulär das preuss. L. R. II, 2, §§. 672 f., 676 und das sächs. G. B. §. 2568 (vgl. Ofner, I, S. 460); dazu ob. I. Motive, IV, S. 987 f.

[33]) Vgl. liv-, est- und curländisches Pr. R., A. 1874, v. „auch".

[34]) Ueber diesen Begriff in seiner ursprünglichen und in seiner später veränderten Auffassung s. Beseler, Erbverträge, II, 1, S. 9 f., 14 f. Gesetzlich ist derselbe (allgemein) verwerthet vom bayr. L. R. III, 11, §. 1, n. 3 und noch

Digitized by Google

thun. Obwohl diese juristische Kategorie des Erbvertrages als solche überflüssig ist[35]), so ist doch die fragliche Verwandlung eines gesetzlichen Erbrechtes in ein vertragsmässiges von rechtlicher Bedeutung, zumal dadurch die schon gesetzlich begründete erbrechtliche Aussicht vor späterer Schmälerung durch letzten Willen des Adoptirenden gesichert wird. Mindestens ein derart erhaltender Erbvertrag wird gewiss selbst nach österreichischem Recht giltig sein[36]): denn wenn es zulässig ist, jenes gesetzliche Erbrecht durch Vertrag gar auszuschliessen, muss es umso mehr zulässig sein, dasselbe durch (bindenden) Adoptions-Vertrag vor Widerruf zu sichern.

Aus all dem Vorstehenden ergibt sich, dass in der That auch in Oesterreich Erbverträge nicht blos unter Eheleuten (oder Brautleuten) gestattet sind; in den §§. 602 und 1249 mit ihren subjectiven Schranken wurde von den Adoptionsverträgen abgesehen, oder vielmehr wurden einfach die Adoptionsverträge übersehen; diese Paragraphen sollen nur unbeschadet der Vorschriften über die Kindesannahme bestehen.

Kein Hinderniss für die obige Aufstellung von Erbverträgen ist es, dass bei den in Rede stehenden Verträgen jedenfalls die Mitwirkung eines staatlichen Organs erforderlich ist, und zwar in Oesterreich die „Bestätigung" seitens des zuständigen Gerichts, §. 181 a. b. G. B., §. 258 f. V. P., §. 113 J. N.[37]) Diese Bestätigung ist zwar zur Giltigkeit der Adop-

---

vom sächs. b. G. B. §. 2558; vgl. auch gewissermaßen die römischen Quellenstellen bei Buddeus in Weiske's R. L. IV, S. 32, A. 24, insbesondere l. 18 *D. de adopt.*, wo aber ein obligatorischer Vertrag gemeint ist.

[35]) S. schon Hebestreit bei Beseler, l. c. S. 20 f., Gerber, deutsches Pr. R. §. 258, A. 1, Förster-Eccius, preuss. Pr. R. §. 247 a. E., Franken, d. Pr. R. §. 80 gegenüber Koch, preuss. Erbr., S. 826 f. und Gengler, deutsches Pr. R. §. 199.

[36]) Nicht erwähnt von Schuller, S. 134. Ein erbsichernder Vertrag ist auch dort von Bedeutung, wo die Adoptionsvorschriften *cogentes* sind, insbesondere also nach gemeinem Recht (o. Anm. 19), wo dann im Falle eines solchen Vertrages zwischen dem Adoptirenden und dem bisherigen Gewalthaber des Adoptirten (bei blossem Nichtwiderspruch des letzteren) ein Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten vorliegt.

[37]) Nach dem b. G. B. war die politische Landesstelle zur Bestätigung berufen; weniger angemessen, vgl. ob. I. Motive, IV, S. 973 a. E.; über den wiederholten Wechsel des staatlichen Organs Anders, österr. F. R. §. 50, A. 4. Zuständig war nach dem V. P. stets ein Gerichtshof (dazu Lackenbacher

Digitized by Google

tion nothwendig, Hfd. vom 28. Juni 1837, Nr. 209 J. G. S.[38]) Allein die Grundlage des künstlichen Kindesverhältnisses ist der Vertrag der Parteien, der Adoptionsvertrag oder Annahmevertrag; §. 258 V. P.: „die Annahme an Kindesstatt" erfolgt „durch eine ... Uebereinkunft"; mit anderen Worten die Adoption hat, wie überhaupt zumeist im modernen Recht, einen rechtsgeschäftlichen Charakter, u. zw. einen Vertragscharakter.[39]) Der fragliche Vertrag wird zwischen dem (den) Annehmenden einerseits und dem (den) Anzunehmenden, beziehungsweise dessen (deren) gesetzlichen Vertreter andererseits geschlossen, eventuell noch unter Zustimmung dritter Personen und gegen Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, a. b. G. B. §§. 181, 755, V. P. §. 257.[40]) Die Bestätigung aber ist, wie schon der Ausdruck andeutet, die noth-

---

in den Jurist. Blättern, 1886, Nr. 27); nach der neuen J. N. ist im allgemeinen ein Bezirksgericht competent, wenn aber für die zu adoptirende Person bereits ein Vormund oder Curator bestellt ist, das Vormundschafts- oder Curatelsgericht, mag dies auch ein Gerichtshof sein; die Bestätigung und die etwaige vormundschaftsbehördliche Genehmigung der Adoption steht also nunmehr insoferne einem und demselben Gerichte nothwendig zu, im Interesse der Sache und der Parteien. Auch nach dem deutschen b. G. B. §. 1741 bedarf es „der Bestätigung durch das zuständige Gericht". S. dann die particularrechtlichen Nachweise bei Roth, deutsches Pr. R. §. 154, A. 7, Stobbe, §. 258 II und in ob. I. Motiven, IV, S. 972 f.; dazu Züricher G. B. §. 720 f. („Genehmigung der Direction der Justiz", vgl. ob. I. Motive, S. 974); liv-, est- und curländisches Pr. R., A. 185 („Bestätigung"? des Waisengerichts). Nach bisherigem gemeinen Recht dagegen erfolgt bekanntlich die Annahme an Kindesstatt bald geradezu durch ein öffentliches Organ *(per principem)*, bald nur vor einem öffentlichen Organ (zu Gerichtsprotokoll), Windscheid, Pand., §. 523.

[38]) Dazu Krainz, §. 453, A. 16; s. auch Anders, österr. F. R., S. 226. Deutsches b. G. B. §. 1754: „Die Annahme an Kindesstatt tritt mit der Bestätigung in Kraft"; dazu §. 1753, 2043. Vgl. noch hess. Entw. I, 3, Art 72. — Die vorgeschriebene amtliche Eintragung der bestätigten Adoption dient nur zum Beweise, §. 181 a. b. G. B., cit. Hfd. von 1837, §. 262 V. P.; s. gleichfalls das deutsche Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, §. 26; anders *code civil*, a. 359, dawider ob. I. Motive, IV, S. 974.

[39]) S. gleichfalls deutsches b. G. B. §. 1741: (Man) „kann durch Vertrag ... an Kindesstatt annehmen"; für diesen ist im G. B. der Ausdruck „Annahmevertrag" gebraucht; I. Motive, IV, S. 956, II. Protokolle. IV, S. 725.

[40]) Dazu Kr. M. Vdg. vom 1. Februar 1871, Nr. 34 R. G. Bl., S. gleichfalls deutsches b. G. B. §. 1741, 1746—1751 und überhaupt Stobbe, §. 258, II, 2; dazu liv-, est- und curländisches Pr. R., A. 183 f., 191. Nach dermaligem gemeinen Recht erfolgt die Adoption im eigentlichen Sinne durch Vertrag des Adoptirenden mit dem bisherigen Gewalthaber.

Digitized by Google

wendige amtliche Declarirung des Vorhandenseins aller gesetzlichen Erfordernisse des Annahmevertrages und als solche eine selbständige, zu dem Vertrage erst hinzukommende und ausserhalb desselben stehende gesetzliche Voraussetzung; sie ist kein Bestandtheil des Annahmegeschäftes, keine Ergänzung des Parteiwillens, keine „Einwilligung" (§. 258 V. P.), keine „Entscheidung" über die Angemessenheit der Adoption[41]); es ist also die Bestätigung vom Gerichte nur dann zu versagen, wenn ein gesetzliches Erforderniss der Annahme an Kindesstatt fehlt.[42]) Mit Rücksicht auf vorstehende Bedeutung der Bestätigung sind dann die Parteien schon vor derselben an ihre Erklärungen im Vertrage gebunden.[43])

Ebensowenig besteht ferner ein Hinderniss für meine Auffassung darin, dass die fraglichen Erbverträge gewöhnlich mit dem familienrechtlichen Adoptionsvertrage in einem und demselben Acte vereinigt sind; ist ja auch der Erbvertrag unter Eheleuten (Brautleuten) gewöhnlich mit den sonstigen „Ehepacten" in einem und demselben Acte verbunden, und wenn man sich im Falle solcher Vereinigung an dem Ausdruck „Erbvertrag" stossen sollte, so setze man einfach an dessen Stelle die „vertragsmässige Erbeinsetzung" als eine einzelne Be-

---

[41]) Ungenau Krainz, §. 453 („die durch die Bestätigung begründete Familiengliedschaft"). Im obigen Sinne s. besonders, für das neue deutsche Reichsrecht, die I. Motive IV, S. 977 f. (zugleich über auswärtige Gesetzgebungen), S. 973, die dem deutschen Reichstage vorgelegte Denkschrift zum Entwurf eines b. G. B. S. 358 und die II. Protokolle, IV, S. 725; unpassend aber §. 2043: „Entscheidung" „über die Bestätigung". Besonders scharf wird im Züricher G. B. §. 724 die amtliche Erklärung, dass die Kindesannahme „nunmehr vollzogen" sei, als erforderlich aufgestellt, jedoch erst nach der amtlichen „Genehmigung". Dort, wo der Landesherr nach freiem Ermessen durch Rescript über die Kindesannahme entscheidet, wie bei der Arrogation des bisherigen gemeinen Rechts, ist die Annahme eine Gnadensache. — Eine „Entscheidung" (über die Angemessenheit) hat bei pflegebefohlenen Adoptanden jedenfalls die Pflegschaftsbehörde als solche, §. 258 V. P. (welche freilich laut §. 113 J. N. nach dem früher Gesagten mit dem Adoptionsgerichte zusammenfällt).

[42]) V. P. §. 260, 261; nach letzterer Bestimmung hat das Gericht, wenn es die angesuchte Annahme an Kindesstatt „schon an sich zur Bestätigung nicht geeignet findet", diese zu versagen. Besonders s. deutsches b. G. B. §. 1754, Satz 3.

[43]) So ausdrücklich deutsches b. G. B. §. 1754, Satz 2; I. Motive, S. 974 f. Vgl. aber Seuffert's Archiv, XV, S. 134.

Digitized by Google

stimmung im Inhalte des ganzen Adoptionsvertrages.[44]) Uebrigens kann meines Erachtens der in Rede stehende Erbeinsetzungsvertrag auch als äusserlich selbständiger vorkommen.[45]) Vor allem gewiss gleichzeitig mit dem familienrechtlichen Adoptionsvertrage, und zwar in besonderer Urkunde (beziehungsweise in besonderem Protokolle).

Aber selbst nachträglich, nach bestätigter Adoption; diese Möglichkeit ist sogar durch den allgemeinen Wortlaut des §. 184 a. b. G. B. (v. „Vertrag") nahegelegt[46]), und wenn gar eine vertragsmässige Aufhebung der Adoptionswirkungen zulässig ist (§. 185), so muss doch gleichfalls eine nachträgliche vertragsmässige Aenderung derselben zulässig sein, insbesondere eben in erbrechtlicher Beziehung. Freilich wird wieder ein solcher nachträglicher Vertrag der behördlichen Bestätigung (beziehungsweise auch der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung) und der amtlichen Eintragung unterliegen, wobei die Behörde aber unter anderem einer allfälligen Umgehung der wesentlichen gesetzlichen Erfordernisse der Adoption entgegenzutreten haben wird.[47])

Kein Hinderniss für die Annahme eines Erbvertrages in unseren Fällen ist ferner der Umstand, dass für denselben infolge seines Zusammenhanges mit der Adoption die gesetzlichen Besonderheiten des Adoptionsvertrages massgebend sind, und zwar namentlich schon in den persönlichen Erfordernissen (§. 179 f.

---

[44]) Vgl. ob. I. Motive IV, S. 995 f. („in" dem Annahmevertrage und „als Theil desselben", — „als Bestandtheil des Annahmevertrages") und meine Ausführungen über den sogenannten unselbständigen Legatsvertrag in meinem Vermächtnissvertrag S. 79 f., 84.

[45]) So namentlich nach bisherigem gemeinen Recht, insoweit da die Kindesannahme durch Rescript erfolgt.

[46]) S. aber z. B. Stubenrauch, Comm. ad §. 755, Anm. (v. „ursprünglich"). Allgemein lautet diesfalls der hess. Entw. I, 3, A. 79. Das deutsche b. G. B. §. 1767 spricht allerdings — ähnlich wie Stobbe, S. 382 — nur von Aenderungen „in dem Annahmevertrage"; s. daher Böhm, Erbr. des b. G. B., S. 7, Anm. 2; Strohal, d. Erbr. S. 11; aber die I. Motive, IV, S. 996, Nr. 3 anerkennen ausdrücklich die Möglichkeit einer nachträglichen Aenderung der gesetzlichen Wirkungen durch Disposition der Betheiligten, und zwar schon auf Grund des Principes des §. 1757, al. 1.

[47]) S. wieder den hess. Entw. l. c., aber auch die ob. Anm. 26 citirten I. Motive des deutschen b. G. B.

Digitized by Google

a. b. G. B., §. 257 f. V. P.).[48]) Die Voraussetzungen der Adoption sind zum Theile von der Art, dass sie sich den Erfordernissen des Erbeinsetzungsvertrages nähern oder doch diese nicht überschreiten; so in der Form (§. 257 V. P., §. 1249 a. b. G. B., §. 1 des Notariatszwangsgesetzes von 1871)[49]); vgl. die Aufhebung nach §. 185, 1254 a. b. G. B.[50]) Aber auch abgesehen davon ist massgebend, dass in unseren Fällen doch immer ungeachtet jener Modificationen alle begrifflichen Momente einer vertragsmässigen (bindenden) Erbeinsetzung wirklich vorhanden sind.[51])

Uebrigens kann ein adquisitiver erbrechtlicher Vertrag im Zusammenhange mit der Adoption selbst als Vermächtnissvertrag (Vertragsvermächtniss) vorkommen, nämlich ein bindendes Vermächtniss zuwenden; zu Gunsten des Adoptirten mag dies ausser dem gesetzlichen Erbtheile oder aber auf Rechnung oder etwa an Stelle des gesetzlichen Erbtheiles erfolgen, so dass also bald eine Erweiterung der gesetzlichen erbrechtlichen Gewährung, bald eine qualitative Aenderung derselben stattfindet. Diese Möglichkeit folgt wieder schon aus dem öfter angerufenen §. 184 a. b. G. B.; ausserdem jedoch auch daraus, dass nach §§. 603, 956 a. b. G. B. überhaupt Vermächtnissverträge allgemein zulässig sind, wie ich in meinen beiden eingangs erwähnten Schriften nachzuweisen unternommen habe.[52])

---

[48]) Deutsches b. G. B. §. 1741—1753 und überhaupt Stobbe, §. 258; I. Motive, IV, S. 957 f., 966 f.; II. Protokolle, IV, S. 718 f.

[49]) S. gar deutsches b. G. B. §. 1750, 2276. Ueber die Adoptionsform s. im allgemeinen I. Motive IV, S. 971 f., II. Protokolle IV, S. 726.

[50]) Deutsches b. G. B. §. 1768 f., 2290 f.

[51]) Vgl. Schuller, S. 134; Siebenhaar, Comm. zum sächs. b. G. B. III, S. 113, liv-, est- und curländisches Pr. R., A. 191 f; aber auch Bähr, Gegenentwurf, S. 327. Die ob. I. Motive, S. 995 f., finden einerseits beim Adoptionsvertrage nicht die „besonderen Voraussetzungen des Erbeinsetzungsvertrages", stellen aber andererseits auch die allgemeinen Voraussetzungen desselben in einen Gegensatz zum Adoptionsvertrage.

[52]) Für das neue deutsche Reichsrecht folgt dasselbe aus der allgemeinen Zulassung von vertragsmässigen Vermächtnissen, §. 1941, 2278, beziehungsweise auch aus der erwähnten Möglichkeit, ein Kindeserbrecht des Adoptirten gar auszuschliessen.

Digitized by Google

Schliesslich ist anzudeuten, dass, soferne unsere erbrechtlichen Verträge zu Gunsten der Nachkommen des Adoptirten geschlossen werden[53]), erbrechtliche Verträge zu Gunsten Dritter vorliegen, sei es, dass die Nachkommen in erster Linie, sei es, dass sie als fideicommissarische oder als Vulgar-Substituten bedacht sind.[54])

---

[53]) Ueber die gesetzlichen Wirkungen des Annahmevertrages auf die Nachkommen des Angenommenen s. schon o. A. 10.

[54]) Ueber Vermächtnissverträge zu Gunsten Dritter Schiffner, Vermächtnissvertrag, §. 18.

Digitized by Google

V.

Der Einfluss des Rechtsstreites auf das streitige Recht.

Von

Privatdocent Dr. **Armin Ehrenzweig.**

I.

Kraft einer alten *servitus protegendi* greift mit mancherlei Ueberbau das vollendete Gebäude der Processordnung ein in den nachbarlichen Luftraum des bürgerlichen Rechtes. Das Grenzgebiet (Actionenrecht, richterliches Pfandrecht u. dgl.) konnte vermöge seiner Lage und Bestimmung dem Einflusse der Processreform nicht entzogen bleiben; jenseits desselben ist es wohl nur die Gelegenheit gewesen, durch welche der Gesetzgeber sich hat auffordern lassen — dem Schriftsteller gleich, der incidenter eine Frage löst, die nicht im Bereiche seines Themas liegt.[1])

Alte materiellrechtliche Controversen wurden erledigt: bald direct, entsprechend den besonderen Bedürfnissen unserer Praxis, die ja so wenig geneigt ist, durch bewusstes Festhalten an Präjudicien dem Gesetzgeber die Casuistik zu ersparen — bald indirect, wenn der Gesetzgeber veranlasst war, eine bestimmte Entscheidung zwar nicht zu geben, aber doch vorauszusetzen.[2])

---

[1]) Vgl. z. B. die Bestimmungen über die Rangordnung des dinglichen Rechtes in §§. 216 und 217 E. O., über die absolute Wirkung der Vorrangseinräumung (§. 218) u. a.

[2]) Das neue Process- und Executionsrecht setzt die von der herrschenden Lehre bekämpfte, der Praxis längst geläufige Auffassung des Pfandrechtes als Realobligation (Dernburg, Hypothekenrecht, II, S. 258) voraus. Speciell die Geltendmachung von Hypotheken erfolgt ganz nach den Regeln, die für die Geltendmachung von Geldforderungen überhaupt gegeben sind und bietet daneben nur noch wenig Besonderes. Auch mit Rücksicht auf die einstweiligen Ver-

Digitized by Google

Am häufigsten endlich nehmen wir wahr, dass das neue Processrecht für die Lösung privatrechtlicher Controversen einzelne neue Argumente liefert oder alte beseitigt, so dass denn die civilrechtliche Tragweite der neuen Gesetze schwer zu ermessen ist.

Es liegt nahe, dem Einflusse des Processrechtes auf das Privatrecht zunächst an der Stelle nachzugehen, wo er am leichtesten zutage treten könnte, dort nämlich, wo der Einfluss des Rechtsstreites auf das streitige Recht in Frage steht.

Mit der formellen Litiscontestation, dem *„lapis angularis totius judicii"* [8]), ist die alte Grundlage des Actionenrechtes vorlängst beseitigt worden: ein Dickicht von Normen ist zurückgeblieben, kraft deren wir eine bunte Mannigfaltigkeit privatrechtlicher Wirkungen geknüpft sehen bald an die Ueberreichung der Klage, bald an die Zustellung, bald an die Einlassung in den Rechtsstreit.

Nun aber ist die Streitanhängigkeit, in den alten Gerichtsordnungen noch ein unsicher schwankendes Gebilde, zum klar und scharf umrissenen Rechtsinstitute geworden, das geeignet erscheint, wieder Ordnung in das Chaos zu bringen.

Vor allem sind wir jetzt dringender als bisher veranlasst, die Wirkungen, die gemeiniglich der Einleitung des Rechtsstreites zugeschrieben werden, so sorgfältig als möglich in zwei Gruppen zu sondern: zu unterscheiden nämlich zwischen jenen Wirkungen, welche von den Processhandlungen als solchen hervorgebracht werden, und jenen anderen, die sich an Processhandlungen nur nebenher knüpfen, aber mit dem Processe nichts

---

fügungen ist die Hypothek als Geldforderung zu behandeln; es kann also wegen Gefährdung der Hypothek nicht etwa Verwaltung nach §. 382, Z. 2 E. O. erwirkt werden, während zur Sicherung einer Servitut eine solche Massregel durchaus zulässig wäre. Der Pfandeigenthümer ist nicht nur dem Namen nach „Verpflichteter"; ihm (nicht dem persönlichen Schuldner) ist das Mitbieten bei der Versteigerung untersagt (§. 180 E. O., anders §. 463 a. b. G. B.); die Forderung des betreibenden Gläubigers kann er zahlen, aber nicht einlösen (§. 200 E. O.). Nach §. 548 C. P. O. ergeht gegen ihn ein Zahlungsauftrag, also nicht ein „Executions-Duldungs-Auftrag". So wird er sich denn auch den Zahlungsauftrag im Urtheil gefallen lassen müssen, und demgemäss wird auch das Petit der Hypothekarklage zu fassen sein. Nur im §. 91 J. N. kommt (wie im §. 26 der deutschen C. P. O.) die romanistische Denkweise zur Geltung.

[8]) Finsterwalder, *obs. pract.*, I, 41.

Digitized by Google

zu thun haben. Die einen stehen und fallen mit dem Processe, sie sind den Normen über die Streitanhängigkeit unterworfen; die anderen sind daran zu erkennen, dass sie ebensogut durch aussergerichtliche Handlungen herbeigeführt werden können, so dass für sie die Klage nicht als Processhandlung, sondern nur als die äussere Erscheinungsform und Trägerin von selbständig wirkenden Erklärungen in Betracht kommt.

II.

Bevor wir jedoch in die Erörterungen dieser beiden Gruppen von Rechtswirkungen eingehen, sind zwei Erscheinungen zu eliminiren, die in keine derselben eingereiht werden dürfen: der active Klagenübergang und die Concentration der passiven Solidarobligation.

A. Der sogenannte active Klagenübergang.

Das österreichische Recht kennt unvererbliche Rechte, aber nicht unvererbliche „Klagen". Unvererbliche Rechte erlöschen durch den Tod (§. 1448 a. b. G. B.), mag er nun vor oder nach Beginn des Rechtsstreites eintreten — das Gesetz unterscheidet nicht. Gleichwohl führt Unger[4]) zwei höchstpersönliche Ansprüche an, die, wenn der Berechtigte nach der Klagsanstellung stirbt, auf die Erben übergehen sollen: den Anspruch auf Schmerzengeld und den Anspruch auf Annullirung der Ehe.[5])

1. Für die Unvererblichkeit des Schmerzengeldes machte Unger[6]) ursprünglich geltend, dass das Schmerzengeld

---

[4]) System, II, S. 534 f.

[5]) Ebenso v. Canstein, Lehrbuch, II, S. 28, Burckhard, System, II, S. 574. Krainz-Pfaff, System, II, S. 411, gedenkt ausserdem der lehenrechtlichen Privationsklage und des Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsanspruches. Die Privationsklage gehört dem geltenden Rechte nicht an. Aus dem Wiederkaufs-, Rückverkaufs- und Vorkaufsrechte entstehen schon durch die aussergerichtliche Erklärung des Berechtigten (beziehungsweise durch Realoblation im Sinne des §. 1075 a. b. G. B.) Ansprüche, welche auf die Erben übergehen. Vgl. Dernburg, preuss. Privatrecht, I, §. 380 vor Note 18.

[6]) System, I, S. 572, Note 15. Unger (vgl. auch Schiffner, Lehrbuch, I, S. 209) glaubt eine Bestätigung der behaupteten Unvererblichkeit auch im §. 1327 a. b. G. B. finden zu können. Aber diese Gesetzesstelle betrifft nur den Fall, dass aus der körperlichen Verletzung selbst der Tod des Verletzten erfolgt. Dann absorbirt wie im Strafrecht so auch im Privatrecht der schwerere Erfolg

Digitized by Google

eine Privatstrafe sei. Nachdem diese Auffassung mit Rücksicht auf Pfaff's Darlegung[7]) allgemein aufgegeben war[8]), berief sich Unger nur noch auf die „höchstpersönliche Art" des Schmerzengeldes und auf den Umstand, dass es keine „Succession in die Schmerzen gibt". Allein wenn das Schmerzengeld noch vor dem Tode des Verletzten gezahlt worden wäre, hätte es den Nachlass vermehrt; die Erben wären, trotzdem sie die Schmerzen selbst nicht erbten, gewiss keiner *condictio causa finita* ausgesetzt gewesen. Auch die Ansprüche auf Entschädigung nach §. 103 Pat. Ges. und nach §. 57 Urh. R. G. schliessen eine Genugthuung für „erlittene Kränkungen" ein; sollen sie deshalb auf die Erben nicht im vollen Umfange übergehen? Und können etwa die Erben den Werth der besonderen Vorliebe deswegen nicht fordern, weil es keine Succession in die Vorliebe gibt? Zum mindesten ist die Unvererblichkeit derartiger Ansprüche nicht so selbstverständlich und gewissermassen naturnothwendig, dass sie gar keiner Erwähnung im Gesetze bedürfte.[9])

Richtig ist nur, dass, falls der Beschädigte Schmerzengeld nicht verlangt hat, obgleich er dazu bereits Gelegenheit und Anlass hatte, angenommen werden kann, dass er darauf verzichtet habe.[10]) Das Gleiche gilt aus gleichem Grunde vom Finderlohn.[11]) Keinesfalls lässt sich behaupten, dass das „Verlangen" im §. 1325 a. b. G. B. nur im Wege der Klage erfolgen könne.

2. Das Recht des Vaters oder eines Ehegatten auf Annullirung der Ehe (§§. 94—96 a. b. G. B.). Auch diese Aus-

---

den geringeren. Es wäre unbillig, mit den schweren Folgen der Tödtung auch noch alle Folgen der Körperbeschädigung zu verbinden.

[7]) Pfaff, Gutachten, S. 15 f., und in dieser Zeitschrift, VIII, S. 680—689; Krainz-Pfaff, I, §. 139, N. 11a; vgl. Schiffner, I, S. 209; Hasenöhrl, II, S. 161 ff.

[8]) Auch von Unger selbst in dieser Zeitschrift, VIII, S. 220 ff.

[9]) Unvererblich zufolge positiver Anordnung ist der Anspruch auf Schadenersatz wegen ungerechtfertigter Verurtheilung. Da das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass der Anspruch nach dem Tode weder erhoben noch fortgesetzt werden könne, bietet sich uns auch hier kein Beispiel activen Klagenüberganges dar.

[10]) Vgl. Pfaff in dieser Zeitschrift, VIII, S. 688.

[11]) Dem Finder wie dem Verletzten sind die Auslagen jedenfalls zu vergüten, Finderlohn aber, beziehungsweise Schmerzengeld nur „auf Verlangen" (§§. 391, 1325), nur „wenn er es verlangt" (Westgal. G. B., II, §. 120, III, §. 444).

Digitized by Google

nahme findet keine Stütze im Gesetze.[12]) Nimmt man an, dass sich die relative Nichtigkeit durch Erhebung der Klage in absolute verwandle[13]), so fällt sie unter einen Gesichtspunkt, der mit dem „activen Klagenübergang" nichts gemein hat.

B. Die passive[14]) Solidarobligation

wird durch die Streitanhängigkeit nach geltendem Rechte nicht berührt. Allerdings gestattet §. 891 a. b. G. B. dem Gläubiger die Wahl nach erhobener Klage nur unter der Bedingung, „wenn er von derselben absteht". So lange diese Bedingung nicht erfüllt ist, sollte also den später belangten Mitschuldnern eine eigenartige Einrede der Streitanhängigkeit zustehen.

Aber die Civilprocessordnung weiss von dieser anomalen Function der Einrede nichts. Hieraus allein wäre freilich nicht mit Sicherheit zu schliessen, dass die in Rede stehende Vorschrift des §. 891 a. b. G. B. aufgehoben ist (Art. I, Abs. 2 Einf. Ges. zur C. P. O.); entscheidend ist jedoch, dass Voraussetzung und Zweck derselben weggefallen sind.

§. 891 setzt voraus, dass der Gläubiger in jeder Lage des Rechtsstreites berechtigt sei, von der Klage unbeschadet seines Anspruches (gegen Kostenersatz) abzustehen.[15])

[12]) Stubenrauch, 7. Aufl., I, S. 206. Die Entscheidung Slg. 8903 lässt das Bestreitungsrecht sogar vor der Klage auf die Erben übergehen.

[13]) Rittner, Eherecht, §. 37; Schiffner, I, S. 209; Anders, Familienrecht, S. 54. Danach wäre es schwer zu begreifen, dass die Nichtigkeit durch die „in ihren Rechten gekränkte Person" aus der Welt geschafft werden kann. §. 16 Hofdecr. vom 23. August 1819, §. 14, Verordnung vom 9. December 1897. Vgl. Burckhard, II, §. 122, Note 29.

[14]) In Ansehung der activen Solidarobligation verbleibt es auch fernerhin bei der Regel des §. 892 a. b. G. B. Der Schuldner muss das Ganze demjenigen Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht, d. h. klagt. Unger, II, §. 128, Note 13; Mages, Gesammtschuldverhältnisse, S. 111; Burckhard, II, S. 577; A. M. Hasenöhrl, I, §. 11, Note 6; Schiffner, §. 150, Note 12. Entscheidend ist, da es sich um eine Wirkung der Streitanhängigkeit handelt, die Zustellung der Klage (unten III), obwohl dem Schuldner gegenüber einem nachträglich klagenden Mitgläubiger nicht etwa — wie Unger, II, §. 128, N. 15 annimmt — eine processhindernde Einrede zusteht. Der Schuldner, der den Anspruch des A bestreitet, darf sich nicht gegenüber dem später klagenden B auf diesen Anspruch berufen. Nur durch Befriedigung des A kann er sich gegen den B schützen (§. 893), während er auf nach der Klagszustellung erfolgte Befriedigung des B sich gegenüber dem A nicht berufen könnte.

[15]) Das Zurückziehen der Klage hat, auch wenn es erst nach Erstattung der Einrede erfolgt, nach dem Rechte der Gerichtsordnungen keinen andern Nach-

Digitized by Google

Das ist nun nach der Civilprocessordnung nicht mehr der Fall. Ohne Zustimmung des Beklagten kann die Klage nur vor der Streiteinlassung zurückgenommen werden (§. 237). Nur der Verzicht auf den Anspruch steht dem Kläger jederzeit frei. Ersetzen wir nun im §. 891 das „Abstehen von der Klage" durch die Zurücknahme, so gelangen wir beinahe ganz wieder zu dem streng formalen vorjustinianischen Rechte der Correalobligation, welches gerade unser Paragraph entschieden ablehnen wollte. Fordern wir aber statt des Abstehens von der Klage den Verzicht, so verlangen wir von dem Gläubiger mehr, als das Gesetz ihm zumuthet.[16])

Eine Verschärfung der Vorschrift ist aber umsoweniger am Platze, als auch der ohnehin fragwürdige Zweck derselben nunmehr entfallen ist. Nach der allgemeinen Gerichtsordnung musste es der Richter ruhig hinnehmen, wenn gleichzeitig umfangreiche Processe über gleichartige Ansprüche durchgeführt, wenn wörtlich gleichlautende Satzschriften zum Spruche eingelegt und die Zeugenbeweise, die Eide, die Processkosten

---

theil für den Kläger zur Folge als die Pflicht zum Kostenersatze. Die zurückgezogene Klage kann jederzeit gegen denselben Beklagten neuerlich angebracht werden. So Klein, Schuldhafte Parteihandlung, S. 29, Note 33, und die Praxis, anderer Meinung freilich Nippel, v. Canstein, Ullmann, Burckhard. Vgl. auch Zeiller zu unserem Paragraphen: „Wird der Gläubiger erst während des Processes gewahr, dass er eine minder zweckmässige Art der Einbringung gewählt habe, so kann er (mit Ersatz der Streitkosten) von dem Processe abstehen und eine andere Einbringungsart wählen."

[16]) „Wenn man auch gewiss davon ausgehen darf, dass der Civilprocess die Mittel zur Ausführung des materiellen Rechtes gewährt, so ist doch nicht ausgeschlossen, dass eine bestehende Processgesetzgebung einmal die Mittel zur Durchführung eines materiellrechtlichen Gesetzes versagt. Solche Incongruenzen können namentlich dann entstehen, wenn ein neueres Processrecht auf anderen Principien beruht, als das Processrecht der Zeit, in welcher der materielle Rechtssatz entstanden ist. Solche Lücken durch Einschaltung von Processfiguren, welche dem materiellen Rechte entsprechen, auszufüllen, ist einem modernen Processgesetze gegenüber unstatthaft." (Seuffert im Archiv für civ. Praxis, 67. Bd., S. 346.) Die von Seuffert erörterte Frage, ob l. 80 D. de R. V. für unpraktisch zu erachten sei, mag dahingestellt bleiben. Die analoge Vorschrift des §. 376 a. b. G. B. ist durch die Civilprocessordnung nicht berührt worden. Kraft dieser Gesetzesstelle kann der Kläger auf Feststellung des Eigenthumsrechtes verzichten und Endurtheil auf Restitution erwirken oder — wenn ihm die Klägerrolle nicht lästig ist — zunächst Theilurtheil auf Restitution und dann über den Feststellungsanspruch Endurtheil erlangen.

Digitized by Google

mechanisch vervielfältigt wurden. Ferner: der Richter konnte nicht leicht in dem einen Processe Bedacht nehmen auf die Ergebnisse des anderen. So konnte es geschehen, dass mit abgesonderten Urtheilen Solidarschuldner zur wiederholten Zahlung der ganzen Schuld verurtheilt wurden. Derartige Uebelstände mochten wie im vorjustinianischen[17]) so noch im Rechte des a. b. G. B.[18]) eine Bestimmung rechtfertigen, die dort und hier durch den Fortschritt der Processgesetzgebung zwecklos geworden ist. Gegenwärtig kann und muss der Richter auf andere anhängige Streitsachen Rücksicht nehmen, die Processe können verbunden werden, der Thatbestand des Urtheils gibt Gelegenheit, den Zusammenhang ersichtlich zu machen und mannigfaltige Rechtsmittel bieten gegen Nöthigung zu zweifacher Zahlung beiweitem besseren Schutz als jene Norm, die schon unter der Herrschaft des alten Processrechtes nichts anderes gewesen ist als eine Quelle von Verlegenheiten, Zweifeln und unnützen Schwierigkeiten.[19])

III.

Nicht das Recht zu ändern, sondern es nach Möglichkeit durchzusetzen, ist die Aufgabe des Processes. Wenn gleichwohl eine grosse Anzahl von Einwirkungen der Klagsanbringung auf den Anspruch katalogisirt wird, so ist dies nur eine Folge der zu wenig beachteten Thatsache, dass die Klage wie überhaupt die meisten Schriftsätze und Processreden zu Trägern mannigfaltiger materiellrechtlich bedeutsamer Erklärungen werden können, die in dem Processe nur ihr gleichgiltige Veranlassung, nicht die massgebende Quelle der Rechtswirksamkeit finden. Wenn die Klage z. B., indem sie nur auf einen Theil der Forderung sich richtet, zugleich einen ausdrücklichen Verzicht auf den Mehranspruch enthält, wenn sie Gegenansprüche anerkennt

---

[17]) Dernburg, Pand., II, §. 72, Note 4.

[18]) Unger, II, §. 128, Note 17; Schiffner, I, S. 177; Hasenöhrl, I, §. 11, Note 17, Slg. 9778.

[19]) Wie immer in solchen Fällen, hat auch hier die Praxis längst zu dem Hilfsmittel der corrigirenden Interpretation gegriffen, indem sie ein „blos negatives Verhalten des Klägers“ an die Stelle der Klagsabstehung gesetzt hat. Vergleiche die Entscheidungen Slg. 1086, 5700 und 9778 und darüber Hasenöhrl, I, §. 11, Note 17.

Digitized by Google

und entsprechend berücksichtigt, wenn sie dem Beklagten das Anerbieten übermittelt, an Stelle der angesprochenen Sache eine bestimmte Geldsumme zu übernehmen (§. 56 Jur. Norm), so sind diese Erklärungen wirksam und wir denken gar nicht daran, was sie wirken als Folge des Processbeginnes hinzustellen.

Wir dürfen aber auch gegenüber dem Sachbegehren der Klage keinen anderen Standpunkt einnehmen. Es ist nicht nur Klagebegehren, sondern auch Begehren schlechtweg, d. h. eine Erklärung, dass und was gefordert wird, mit allen Wirkungen, die einer solchen Erklärung an sich — also auch wenn sie ausserhalb der Klage abgegeben wird — zukommen müssen. Nur in diesem Sinne ist es richtig, dass die Klage (abgesehen von der Feststellungsklage) eine Mahnung sei. Die im Klagebegehren gelegene Mahnung wird begreiflicherweise nicht weniger wirken, als die aussergerichtliche schriftliche oder mündliche Mahnung. Aber was sie wirkt ist eben nur die normale Wirkung der Mahnung, nicht der Klage als solcher, nicht des Processes. Was in der Klage steht, muss dem Beklagten nicht besonders mitgetheilt werden; die Klage erspart den Brief.

A. Es ist also allerdings richtig, dass der Schuldner bei unbestimmter Zahlungszeit (§. 1334) durch die Zustellung der Klage ebenso in Verzug (im objectiven Sinne) kommt, wie durch die Zustellung eines einfachen Mahnbriefes. Aber weil es nur auf die in der Klage abgegebene und vollendete Erklärung, nicht auf das weitere Schicksal der Klage, nicht auf den Verlauf des Processes ankommen kann, so ist es nicht zweifelhaft, dass auch die beim incompetenten Richter angebrachte und von demselben dem Schuldner zugemittelte Klage den Mahnungseffect hat[20]), dass processuale Formgebrechen — wenn sie nur die Zustellung nicht hindern — dem Gläubiger nach dieser Richtung hin nicht schaden, dass Abweisung der Klage (nach der Zustellung) aus formalen Gründen den Verzug nicht aufhebt, dass endlich auch die Zurücknahme der zugestellten Klage für sich allein die Thatsache der erfolgten Mahnung nicht aus der Welt schafft.[21]) Wenn das Gesetz

---

[20]) Windscheid, Pand., §. 279, Note 1.

[21]) Anders freilich Slg. 12.430. Ein Viehhändler hatte seinen Schuldner durch einen Advocaten im Juni 1883 klagen lassen. Da er von der Angelegenheit

Digitized by Google

(§. 237 C. P. O.) sagt, die zurückgenommene Klage sei als nicht angebracht anzusehen, so bedeutet das ja nicht eine Auslöschung des für sich allein (ohne Rücksicht auf den Process) bedeutsamen Inhaltes der Klage. Wie z. B. die in der Klage enthaltene Beleidigung durch die Zurücknahme nicht ungeschehen gemacht ist, wie die in ihr enthaltenen thatsächlichen Angaben immer noch die vom Richter frei zu würdigende Bedeutung aussergerichtlicher Geständnisse bewahren, so behält auch die (zugestellte) gerichtliche Mahnung nach der Zurücknahme noch die volle Wirksamkeit, die einer (aussergerichtlichen) Mahnung zukommt.[32])

Diese Gesichtspunkte sind auch für die Frage der Haftung des Beklagten für Verzugszinsen und Früchte entscheidend.

Bezüglich der Verzugszinsen wird fast allgemein anerkannt, dass sie lediglich objective *mora* voraussetzen.[33]) Das österreichische Recht kennt daher im Princip keine Verpflichtung zur Entrichtung von „Processzinsen".[34]) Ist der Zahlungstag

nichts mehr hörte, glaubte er, dass sein Advocat in der Sache nichts vorgekehrt habe und überreichte eine zweite Klage im März 1887. Diese zog er infolge der Einwendung der Litispendenz zurück. Dann erst erkannte er, dass die erste Klage verfehlt war, zog auch diese zurück, und überreichte im October 1887 eine neue Klage, mit welcher er nebst dem Capitale auch dreijährige Zinsen begehrte. Das Oberlandesgericht Innsbruck sprach die Zinsen zu, weil die Einmahnung schon durch die erste Klage ausser Zweifel gestellt war und mit Grund nicht behauptet werden kann, „dass die früheren Klagen deshalb nicht mehr in Betracht zu kommen haben, weil sie zurückgezogen worden sind, wenn erwogen wird, dass durch den Rücktritt von der Klage das schon durch die Ueberreichung, resp. Zustellung derselben an den Beklagten geschaffene Factum der Einmahnung desselben nicht mehr beseitigt werden konnte". Der Oberste Gerichtshof sprach jedoch Zinsen erst vom Tage der Zustellung der dritten Klage ab zu. Und doch hätte der Oberste Gerichtshof jedenfalls anders entscheiden müssen, wenn der Kläger bei Anstellung der ersten Klage auch aussergerichtlich erklärt hätte, dass er wirklich Zahlung verlange!

[32]) Wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder nach Umständen stillschweigend erklärt wird. Nur der Anschauung muss entschieden entgegengetreten werden, dass der Kläger die Klage gar nicht zurücknehmen könne, ohne auch den Mahnungseffect zu beseitigen.

[33]) Krainz-Pfaff, I, S. 412; Hasenöhrl, I, §. 20, Nr. 28; Burckhard, II, S. 576, Note 32; vgl. jedoch Unger, II, §. 128, Note 43; Schiffner, I, S. 208.

[34]) Doch sind Ueberbleibsel der alten Processzinsen und als echte Processzinsen zu behandeln die Zinsen *ultra alterum tantum* und die gesetzlichen Zinseszinsen. Darüber unten III.

Digitized by Google

bestimmt, so beginnen die Verzugszinsen mit dem bestimmten Tage, nicht erst mit dem Zeitpunkte der später und nicht schon mit dem Zeitpunkte der früher eingebrachten Klage; mit dem Zeitpunkte der früher eingebrachten Klage insbesondere auch dann nicht, wenn sie gemäss §. 406 C. P. O.[25]) zur Verurtheilung des Beklagten führt. Ist der Zahlungstag nicht bestimmt, so entscheidet der Tag des Einlangens der Mahnung bei dem Verpflichteten, folglich — wenn früher keine Mahnung erfolgt ist — der Tag der Zustellung der auf Leistung gerichteten, also eine Mahnung enthaltenden Klage.[26])

Was für die Verzugszinsen zugegeben wird, darf bezüglich der Früchte der geschuldeten (z. B. verkauften) Sache nicht in Zweifel gezogen werden; auch sie gebühren — trotzdem der Wortlaut des §. 1051 a. b. G. B. („Versehen") scheinbar entgegensteht — spätestens vom Momente der objectiven Mora ab, und zwar jedenfalls, wenn sie zur Zeit des Urtheiles noch vorhanden sind. Ob und welche Haftung für Unterlassung des Fruchtbezuges, für Consumtion oder zufälligen Untergang der Früchte eintrete, ist eine andere Frage.[27]) Nur soweit die Vorschrift des §. 338 a. b. G. B. directe (Vindication) oder analoge Anwendung (vgl. z. B. §. 1437 a. b. G. B.) findet, ist in dieser Beziehung die Klagszustellung von Bedeutung, und zwar ergibt sich dann allerdings eine echte Wirkung der Streitanhängigkeit, von welcher unten VI. die Rede sein wird.[28])

---

[25]) Vgl. auch Slg. 14.425.

[26]) Dass in der Erhebung einer Feststellungsklage keine Mahnung liegt, ist selbstverständlich. (Dernburg, Pand., II, §. 40, Note 5.) Aber auch dass die Processzinsen erst vom Tage der Zustellung ab gebühren, ist nicht minder selbstverständlich. (Unger, II, §. 128, Note 43; Krainz-Pfaff, §. 339, Note 12; Schiffner, I, S. 212.) Denn auch bei schriftlicher aussergerichtlicher Mahnung entscheidet lediglich der Tag der Zustellung des Schreibens. (Windscheid, Pand., §. 279, Note 1.)

[27]) Hier erlangt die subjective Mora entscheidende Bedeutung. Subjective Mora ist aber keine Wirkung des Streitbeginnes. (Unger, II, S. 545 f.; A. M. Hasenöhrl, II, S. 331.)

[28]) Wer nach Massgabe der Bereicherung haftet, haftet selbstverständlich auch für die während des Processes gezogenen Früchte Nicht zu billigen ist daher die Entscheidung Slg. 3065 im Hinblicke auf die von Hofmann in dieser Zeitschrift, VIII, S. 320, dargelegte Natur des Restitutionsanspruches nach §. 1247 a. b. B. G.

Digitized by Google

Andererseits begründet Mora im objectiven Sinne noch keine Haftung für den Zufall (§. 1311 a. b. G. B.); daher kann auch die Klage dem Belangten eine solche Haftung nicht aufbürden.[29])

B. Privatrechtliche Bedeutung kann das Klagebegehren auch dadurch erlangen, dass es dem Gläubiger Anlass gibt, seinen Anspruch zu präcisiren, insbesondere ein ihm zustehendes Wahlrecht auszuüben. Aber der in der Klage erklärten Wahl kommt keine andere Bedeutung zu, als einer aussergerichtlichen Erklärung gleichen Inhalts.[30]) Auch die aussergerichtliche Erklärung würde den Kläger in gleicher Weise binden; von einem *jus variandi*, das etwa erst mit der Klagsanbringung erlöschen würde, kann keine Rede sein. Andererseits ist auch die (erst) in der Klage erklärte Wahl bindend, sobald die Klage zugestellt ist. Nicht einmal durch Zurücknahme der Klage wird das Wahlrecht wieder hergestellt. Der Verkäufer z. B., der auf Grund des Art. 354 H. G. B. den säumigen Käufer auf Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung belangt hat, kann sich nicht — wenn in der Zeit von der Klagszustellung bis zur ersten Tagsatzung der Marktpreis der Waare gestiegen ist — durch Zurücknahme der Klage das Recht wieder verschaffen, von dem Vertrage abzugehen. Auch die Abweisung der Klage kann ihm dieses Recht nicht wiedergeben.

Das Gesagte lässt sich dahin zusammenfassen: die zugestellte Klage hat alle Wirkungen, die auch einer aussergerichtlichen Erklärung gleichen Inhalts zukommen würden.[31]) Wo

---

[29]) Abgesehen von dem unter V erörterten Falle. Vgl. Krainz-Pfaff, I, S. 412.

[30]) Dies hat bereits Schiffner, I, S. 210, Note 11, erkannt: Die Fixirung des Anspruches ist „weniger Folge des Processbeginnes als der Wahl, welche nach §. 906 b. G. B. schon als einseitig erklärte bindend ist". Warum also „weniger"? Sie ist garnicht Folge des Processbeginnes. Vgl. auch Unger, II, §. 128, Note 21.

[31]) Dasselbe gilt auch von der Klagebeantwortung. Daher ist auch die Verpflichtung des Besitzers, *qui liti se obtulit* (§. 378), keine Wirkung des Processes. Anders Unger, I, S. 549, und Schiffner, I, S. 210 fg., richtig Burckhard, II, S. 577, der hier nicht von einer „ausschliesslichen" Wirkung der Litiscontestation sprechen will, „denn nicht nur jener wird für den Ersatz verantwortlich werden, der den Besitz *in jure* zugibt, sondern auch jener, der durch das aussergerichtliche culpose oder dolose Vorgeben, er sei Besitzer, den Kläger zur Klageanbringung verleitete".

Digitized by Google

nur solche Wirkungen in Frage stehen, kommen die processrechtlichen Normen wie überhaupt der Verlauf des Processes nicht in Betracht, und es sind daher diese Erscheinungen nicht als Einwirkungen des Rechtsstreites auf das streitige Rechtsverhältniss zu betrachten.

IV.

So sehr es der beweglichen Schmiegsamkeit des modernen Processes gelungen ist, das ursprüngliche Gepräge des geltend gemachten Anspruches der Einwirkung des Streitbeginnes schonend zu entziehen, so wenig hat sie Anlass, dem Streitbeginne auch jene scheinbare, vom Urtheile erborgte Kraft zu rauben, die ihm vermöge einer im Interesse der Rechtssicherheit liegenden Rückziehung nachträglich zuwächst. So besteht denn unverändert fort eine kleine Reihe von echten Wirkungen des Rechtsstreites (d. i. von zurückbezogenen Urtheilswirkungen), die, in ihrem Bestande abhängig von dem Erfolge des Rechtsstreites, eben jenen Normen der Processordnung gehorchen, deren Anwendung auf die früher betrachteten Erscheinungen wir ablehnen mussten.

A. Vor allem ist es die zeitliche Grenze ihres Einflusses (d. h. eigentlich der Rückziehung), welche nach den Vorschriften der Processordnung über die Streitanhängigkeit zu bestimmen ist.

„Die Rechtshängigkeit der Streitsache (Streitanhängigkeit) wird durch die Zustellung der Klageschrift begründet. Zur Wahrung einer Frist genügt, wenn nichts anderes vorgeschrieben ist, die Ueberreichung der Klage bei Gericht. Wird von einer Partei erst im Laufe des Processes ein Anspruch erhoben, so tritt die Streitanhängigkeit in Ansehung dieses Anspruches mit dem Zeitpunkte ein, in welchem derselbe bei der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde“ (§. 232 C. P. O.).

Regelmässig beginnen also die Wirkungen des Processes mit der Zustellung der Klage, d. i. mit dem Processe (Rechtshängigkeit) selbst. Die einzige Ausnahme bildet die Wahrung von Fristen durch Ueberreichung der Klage, nicht als ob zur Wahrung der Fristen die Zustellung nicht nothwendig wäre, sondern nur in dem Sinne, dass die Wirkung der Zustellung (selbst nur eine Vorwirkung des Urtheiles) zurückbezogen wird

Digitized by Google

auf den Moment der Ueberreichung der Klage aus demselben Grunde, der zur Nichteinrechnung der Tage des Postenlaufes in die Processfristen Anlass gegeben hat.[32]) Dieser Grund machte sich in der deutschen Civilprocessordnung in viel geringerem Umfange (§. 190) geltend, als in der österreichischen, die das Princip des Officialbetriebes durch das Gericht beibehalten und damit den Zeitpunkt der Zustellung dem Einflusse des Klägers zum Theile entrückt hat.

Die übrigen Wirkungen des Processes früher eintreten zu lassen als mit dem Beginne der Streitanhängigkeit (Zustellung der Klage) fehlt jeder Anlass.

Aeltere Gesetze, die bestimmte Wirkungen an die „Erhebung" der Klage knüpfen, dürfen uns nicht irre machen. Denn der Ausdruck „Erhebung" der Klage ist nicht gleichbedeutend mit „Anbringung" oder „Ueberreichung" der Klage. Bei dem Bestande der Anordnung der Civilprocessordnung, dass die Rechtshängigkeit erst mit dem Momente der Zustellung der Klage beginnt, hindert uns nichts, die Klage erst in diesem Augenblicke als wirklich „erhoben" gelten zu lassen. Thatsächlich erklärt die deutsche Civilprocessordnung ausdrücklich:

„Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes" (§. 230, vgl. §. 460).

Unser Gesetz hat eine gleiche Bestimmung nicht aufgenommen, aber auch nicht erklärt, dass die Erhebung der Klage gerade durch die Ueberreichung in der Einlaufstelle des Gerichtes oder etwa schon durch die Aufgabe zur Post erfolge. Der Ausdruck ist vielmehr zeitlich unbestimmt geblieben, ebenso wie manche andere Wendungen, die in civilrechtlichen Normen auf die Einleitung des Rechtsstreites nur im allgemeinen hinweisen wollen (klagen, belangen, gerichtlich fordern u. dgl.).

Während daher — nach §. 232 C. P. O. — im Sinne des §. 1497 a. b. G. B. der Beklagte „belangt"[33]), die Klage „wirklich angebracht" (Hofdecr. v. 30. Jänner 1819) ist schon mit der Ueberreichung bei Gericht, ist nunmehr nach eben demselben Paragraphen der Civilprocessordnung die Klage im Sinne des

[32]) §. 89 G. O. G. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf Processfristen, nicht auf Verjährungs- oder materiellrechtliche Präclusivfristen, daher auch nicht auf die dreissigtägige Frist zur Anbringung der Besitzstörungsklage.

[33]) Schiffner, Lehrbuch, §. 147, Note 35.

Digitized by Google

§. 1335 a. b. G. B. erst erhoben im Augenblicke der Zustellung[34]) an den Belangten. Und wenn Art. 27 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr das Recht des Klägers, unter den haftpflichtigen Bahnen zu wählen, mit der „Erhebung der Klage" erlöschen lässt, so ist hierunter ebenfalls — nach österreichischem wie nach deutschem Processrechte — nicht die Anbringung, sondern die Zustellung der Klage zu verstehen.[35])

Wollten wir ungeachtet der Regel des §. 232 C. P. O. an der herkömmlichen Interpretation festhalten, die überall, wo von Erhebung der Klage die Rede ist, die Ueberreichung, also einen vor der Rechtshängigkeit liegenden Moment subintelligirt, so würden wir damit nichts anderes erreichen als die künstliche Conservirung jener Zusammenhanglosigkeit und Inconsequenz, die unserem Actionenrecht unter der Herrschaft eines mangelhaften Processrechtes eigen war.

Warum sollen die Zinsen *ultra alterum tantum* mit der Ueberreichung der Klage beginnen, während die gesetzlichen Zinseszinsen erst von der Zustellung ab (§. 3*b* Ges. v. 14. Juni 1868) laufen? Wenn man erwägt, dass diese beiden Momente gewöhnlich nur wenige Tage auseinanderliegen, so könnte man in einer solchen Divergenz nicht leicht etwas anderes erblicken, als eine grundlose Erschwerung der Rechnungsoperation durch die Nöthigung von zwei Anfangsterminen auszugehen[36]), wo mit einem leicht genug auszukommen wäre. Was aber das Wahlrecht nach Art. 27 cit. betrifft, so ist schwer zu begreifen, warum der Kläger an seine Klage schon vor der Zustellung

---

[34]) Anders Krainz-Pfaff, I, S. 411, und Schiffner, I, S. 212. Nach Schiffner wäre auch im §. 891 a. b. G. B. unter der „erhobenen" Klage die „blos angebrachte" zu verstehen.

[35]) A. M. Neumann, Comm. zu §§. 232—234 C. P. O.: „Mit der Erhebung (nicht mit der Zustellung) erlischt das Wahlrecht des Klägers." Neumann stellt übrigens materiellrechtliche Wirkungen neben einander, welche beginnen mit der „Ueberreichung", der „Zustellung", der „Anbringung" und der „Erhebung" der Klage, obwohl er gewiss nicht annimmt, dass dies ebensoviele verschiedene Zeitpunkte sind.

[36]) Sind z. B. 100 fl. Capital nebst 100 fl. Zinsen eingeklagt und ist die am 1. Februar überreichte Klage am 5. Februar zugestellt, so wären zu rechnen 5% Zinsen von 100 fl. vom 1. Februar und weitere 5% Zinsen von 100 fl. vom 5. Februar ab.

Digitized by Google

gebunden sein soll, trotzdem ihm die Civilprocessordnung jede Aenderung der Klage bis zum Eintritte der Streitanhängigkeit erlaubt (§. 235), weil eben die Klage bis dahin für die Beklagten nicht vorhanden ist.

B. Eine zweite processrechtliche Norm, die für alle eigentlichen Processwirkungen im Gegensatze zu den früher besprochenen Erscheinungen massgebend und geradezu charakteristisch ist, liegt in der Fiction des §. 237 C. P. O.:

„Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, dass die Klage als nicht angebracht anzusehen ist."

Während also beispielsweise die Verzugszinsen ungeachtet der Zurücknahme der (zugestellten) Klage fortlaufen[37]), erlischt der Anspruch auf (unberichtigte) Zinsen *ultra alterum tantum* und auf gesetzliche Zinseszinsen so, als ob die Klage nie eingebracht worden wäre.[38])

C. Auf die civilrechtlichen Folgen des Processes ist ferner auch die Bestimmung des §. 238 C. P. O. zu beziehen, derzufolge die im §. 237 C. P. O. ausgesprochenen Rechtsfolgen (also auch die Fiction der Nichtanbringung der Klage) auch dann eintreten, „wenn eine Klage in Gemässheit der Bestimmungen dieses Gesetzes als zurückgenommen zu gelten hat". Das Gesetz enthält (hierin abweichend vom Regierungsentwurfe) nur einen einzigen solchen Fall. Im übrigen ist nicht dafür gesorgt, dass bei stillschweigendem Fallenlassen der Klage durch Unterlassung von Processhandlungen der von der Streitanhängigkeit bewirkte civilrechtliche Ausnahmszustand (die gesteigerte Haftung des redlichen Besitzers, der Zinsenlauf *ultra alterum tantum* etc.) irgend einmal erlösche. Gegenüber dem zwingenden Bedürfnisse dürfte jedoch die analoge Anwendung jener Vorschrift des §. 1497 a. b. G. B., welche gehörige Fortsetzung der Klage verlangt, nicht allzu gewagt sein.[39]) Den Schein, dass damit vom Kläger zu viel gefordert werde, kann nur eine (aller-

---

[37]) Oben II bei Note 21.

[38]) Der Kläger darf nicht durch Ueberreichen und Zurücknehmen von Klagen Wirkungen herbeiführen, die das Gesetz ausserhalb des Processes entweder gar nicht (§. 1335) oder nur kraft eines Vertrages (Zinseszinsen) zulässt.

[39]) Die Norm „hat durchaus nichts specifisch Verjährungsmässiges an sich" und wird deshalb schon von Grawein (Verjährung und ges. Befristung, S 124) analog angewendet.

Digitized by Google

dings sehr verbreitete) unrichtige Auslegung dieser Gesetzesstelle hervorrufen.

V.

Den „Schwerpunkt der Verjährung" erblickt noch die neueste Gesetzgebung [40]) „nicht darin, dass dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, dass dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu vertheidigen". „Geschieht im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, geht der Berechtigte seines wohlbegründeten Anspruches durch die Verjährung verlustig, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohle bringen muss." [41]) Der socialpolitisch viel wichtigere Gesichtspunkt der Stabilisirung der Vermögensverhältnisse, der in der Festsetzung von Präclusivfristen gelegentlich zum Ausdrucke kommt, ist weit entfernt, das Recht der Verjährung grundsätzlich zu beherrschen. Die Verjährung will auch heute noch nicht eine Seisachtheia sein, sie will nicht dazu dienen, dem Insolventen nach Jahr und Tag, wenn seine Gläubiger den Schaden längst verschmerzt haben, die Möglichkeit des Vermögenserwerbes wieder zu geben, ihn zu rangiren und damit seinem „wirthschaftlichen Ruine" eine frühere Grenze als die des Lebens zu setzen. Und doch erfüllt sie häufig genug gerade diesen Zweck. Der „beharrlichen Nichtbethätigung des Anspruches" soll die Verjährung gegenüber treten, und gerade die ungewöhnliche Beharrlichkeit des Gläubigers ist es, der sie in glücklicher Weise begegnet. Denn der Gläubiger. der die schlechte Forderung stets in Evidenz gehalten, die Vermögensverhältnisse seines Schuldners überwacht hat und nun, da der Schuldner nach dreissig Jahren etwa seinen Vater beerbt hat.

---

[40]) Motive zu §. 154 des Entwurfes eines b. G. B. für das Deutsche Reich (erste Lesung), S. 291. Vgl. auch Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, §. 14.

[41]) Nach dem deutschen b. G. B. beträgt die gewöhnliche Verjährungsfrist bald 30, bald 2 Jahre, als ob es kein Mittleres gebe. Der Widerstreit zwischen der naturrechtlichen Abneigung gegen die Verjährung und der doch aufdämmernden Erkenntnis ihrer wirtschaftlichen Bedeutung tritt in den Bestimmungen des deutschen Gesetzes klar zu Tage.

Digitized by Google

sogleich bereit ist, die Hand auf das väterliche Erbe zu legen, der Gläubiger war trotz jahrzehntelanger „Nichtbethätigung des Anspruches" nicht nachlässig, sondern nur allzu sorgsam in der Wahrung seines Rechtes.[42]) Solchen Eifer aber sollte die Verjährung grundsätzlich zu Falle bringen, wenn es wirklich ihr Beruf ist, die Gegenwart zu schützen gegen die Vergangenheit.[43])

Indessen kommt es im heutigen Verjährungsrechte nur auf rechtzeitige Feststellung — nicht auf rechtzeitige Befriedigung — des Anspruches an, weil es eben nur auf die Vermeidung von processualen Schwierigkeiten abgesehen ist. Dem Gläubiger werden daher Mittel geboten, seine Forderung nach Gefallen über alles Mass hinaus nicht nur zu conserviren, sondern auch durch Zinsen- und Kostenzuwachs ins Ungeheuere zu erweitern.[44]) Die Feststellung des Rechtes ist der charakteristische Unterbrechungsgrund der Verjährung — vor allem Feststellung durch freiwillige Anerkennung seitens des Schuldners, aber selbstverständlich auch Feststellung durch richterliches Urtheil. Denn Aufgabe des Urtheiles ist es, die freiwillige Anerkennung nach jeder Richtung hin zu ersetzen.

Das Urtheil unterbricht die Verjährung des zuerkannten (festgestellten) Anspruches; mit dem Eintritte seiner Rechtskraft beginnt die Verjährung von neuem.

Die herrschende Lehre oder, besser gesagt, Construction (denn in der Sache ist man einig), schreibt auch für den Bereich des österreichischen Rechtes der Klage unterbrechende

---

[42]) Gegen die Verjährung wird sich der Gläubiger nicht mit der Berufung auf den Umstand schützen können, dass innerhalb der Verjährungsfrist Executionsobjecte nicht zu erlangen waren; die Motive der Entsch. vom 18. November 1896, Amtl. Samml. 1357, nehmen allerdings auch auf diesen Umstand Rücksicht.

[43]) Dernburg, Pand., I, §. 144.

[44]) Bei einem Wiener Gerichte wurde vor einigen Jahren eine Forderung von 500 fl. sammt 45% Zinseszinsen seit 1869 angemeldet mit dem Betrage von — 1,245.000 Gulden. Die Zinsenverjährung war durch Process und Executionshandlungen unterbrochen. Zum Glücke stand (nebst dem Wuchergesetze) die Norm des § 1335 a. b. G. B. zu Gebote, eine Norm, die merkwürdiger Weise (in ihrer Anwendung auf Verzugszinsen) von hervorragenden Theoretikern getadelt worden ist. Sehr zu wünschen wäre eine ähnliche (nicht gerade die gleiche) Norm in Ansehung der Kosten.

Digitized by Google

Wirkung zu — mit Unrecht, weil, wie Grawein[45]) überzeugend nachgewiesen hat, der Rechtssatz von der (beschränkten) Unterbrechungskraft der Klageanstellung „vollständig identisch ist mit dem Satze, dass dem Kläger der zwischen dem Momente der Klageanstellung und jenem der Urtheilsschöpfung eingetretene Ablauf der Verjährung nicht zum Nachtheile gereichen, vielmehr angenommen werden soll, es sei die im Zeitpunkte des Processbeginnes noch unvollendete Verjährungsfrist ungeachtet der einstweilen eingetretenen Vollendung auch bei der Urtheilsschöpfung noch immer incomplet". Dass in der That diese Fassung der Norm die richtige ist[46]), zeigt sich — abgesehen von den von Grawein selbst geltend gemachten Momenten — auch darin, dass nur sie den Fall der Klagsanstellung vor der Fälligkeit *(actio nata)* deckt.[47]) Denn die Klage kann eine Verjährung nicht unterbrechen, die noch gar nicht begonnen hat, gleichwohl ist gewiss, dass auch der Ablauf einer Verjährung, die erst im Laufe des Processes begonnen hat (z. B. bezüglich der während des Processes fällig gewordenen Zinsen), bei der Urtheilsschöpfung nicht berücksichtigt wird.

Darin jedoch kann ich Grawein nicht beistimmen, dass er nicht nur der Klage, sondern auch dem Urtheile die Fähigkeit abspricht, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen.[48]) Soweit das Urtheil an Stelle der Klagbarkeit des Anspruches die Vollstreckbarkeit setzt, ist die Frage praktisch nicht von Belang.[49]) Allein der Effect des Urtheiles geht nicht in der Vollstreckbarkeit auf; gibt es doch Urtheile, die zur Zwangsvollstreckung überhaupt nicht führen können.

[45]) Verjährung u. ges. Befr., S. 115 ff. Vgl. hiezu (zustimmend) Krasnopolski in der Kritischen Vierteljahresschrift, XXIII, S. 362.

[46]) Wenn dessenungeachtet im Folgenden gelegentlich davon die Rede ist, dass die Klage die Verjährung unterbricht, so ist dies nur eine schwer vermeidbare Ungenauigkeit des Ausdruckes, die wohl unbedenklich ist, sobald man sich über die Bedeutung verständigt hat, die dem Zeitpunkte der Klagsanbringung für die Unterbrechung der Verjährung zukommt.

[47]) Es ist nicht nur an §. 406 C. P. O., sondern auch an Feststellungsklagen zu denken.

[48]) S. 120 ff. — nach dem Vorgange Unger's, System, II, S. 688 f. Vgl. auch Schiffner, Lehrbuch, I, S. 194; Źródłowski, Verjährung, S. 107 ff.

[49]) Just. Min. Erl. v. 21. Juli 1858, Nr. 105 (Verjährung vollstreckbarer Ansprüche).

Digitized by Google

Wie das auf Grund der Leistungsklage ergehende Urtheil unterbricht ja auch das Feststellungsurtheil — vorausgesetzt, dass die Klage rechtzeitig überreicht wurde — mit rückwirkender Kraft Verjährung und Ersitzung.[50]) Kommt doch gerade im Feststellungsurtheil jener Factor besonders klar zur Geltung, auf welchen im österreichischen Rechte die Unterbrechung der Verjährung durch Urtheil in allen Fällen zurückzuführen ist.

Nun stellt aber auch das Leistungsurtheil den Anspruch fest und diese — gleichfalls eine Anerkennung supplirende — Feststellung macht sich der Verjährung gegenüber ohne Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit des Urtheiles ja möglicher Weise selbst über den Rahmen seiner Rechtskraft hinaus geltend. Es ist nicht zu bezweifeln, dass durch Zuerkennung von Zinsen die Verjährung des Hauptanspruches ebenso unterbrochen wird, wie durch freiwillige Zahlung von Zinsen.[51]) Dort liegt vom Richter supplirte, hier stillschweigende Anerkennung des Zinsenanspruches und somit in beiden Fällen indirect Anerkennung der Capitalsschuld vor.

Die Frage, wie weit überhaupt durch theilweise Geltendmachung des Rechtes die Verjährung rücksichtlich der nicht geltend gemachten Ansprüche unterbrochen wird, ist im einzelnen Falle ohne Rücksicht auf die Schranken der Rechtskraft durch einen einfachen Analogieschluss zu lösen. Man hat sich nur zu fragen: was wäre rechtens, wenn der Beklagte freiwillig anerkannt hätte, was der Richter zuerkannt hat?

Der Umstand, dass die Unterbrechung erst durch das Urtheil bewirkt wird, ändert nichts an der Bedeutung, die dem Zeitpunkte der Anbringung der Klage[52]) vermöge des Rechts-

---

[50]) B. G. B. für das Deutsche Reich, §. 209; Dernburg, Pandekten, I, § 148, Note 7. Dass die Anbringung (und Abweisung) einer negativen Feststellungsklage die Verjährung des bestrittenen Rechtes nicht hindern kann, hätte vom Standpunkte des österreichischen Civilrechtes nie bezweifelt werden sollen. Vgl. hierüber den Vortrag von Saar in der Prager Vierteljahresschrift, 1886, 153 ff.

[51]) Strohal in dieser Zeitschrift, IX, S. 73; anders Hasenöhrl, II, S. 631 und Motive I, S. 327 zu §. 170 des deutschen Entwurfes.

[52]) Erfolgt die Einleitung des Verfahrens nicht in der Form der Klage, so entscheidet die anderweitige Processhandlung, durch welche der Gegner „belangt" wird. Vgl. Zeiller, Commentar zu §. 1497. Als Beispiel kann derzeit —

Digitized by Google

satzes zukommt, dass die nach diesem Zeitpunkte ablaufende Verjährung unter bestimmten Voraussetzungen unbeachtet bleibt.

Gleiche Bedeutung wie die Klage hat nach neuestem Rechte auch die Einrede[53]), wenn sie zur Feststellung des Einredeanspruches führt, d. h. wenn Zwischenantrag auf Feststellung (§§. 236, 259 C. P. O.) gestellt, sowie überhaupt, wenn Compensation[54]) mit Erfolg eingewendet wird.

Nach dem bereits früher Gesagten ist klar, dass die unterbrechende Wirkung des der Compensationseinrede stattgebenden Urtheiles dem ganzen Anspruche zu statten kommt, mag auch die Entscheidung gemäss §. 411 C. P. O. (aus formalen Gründen) nur bezüglich eines Theilbetrages des Anspruches in Rechtskraft erwachsen. Kläger macht z. B. eine Darlehensforderung von 100 fl., Beklagter compensando eine Kaufschillingsforderung von 150 fl. geltend. Wird der Einwendung stattgegeben, so ist die Verjährung der Kaufschillingsforderung auch bezüglich des Betrages von 50 fl., über den nicht rechtskräftig entschieden ist, unterbrochen. Wird die Einwendung nicht erledigt oder wegen Nichtbestandes der Gegenforderung zurückgewiesen, so wird die Verjährung erst durch die Klage des (früheren) Beklagten unterbrochen, mit welcher er im ersten Falle 150 fl., im zweiten (merkwürdiger Weise) 50 fl. fordern kann.[55])

---

an Stelle der Syndicatsbeschwerde — der Antrag nach §. 168 E. O. angeführt werden. Der Klage vorausgehende (vorbereitende) Schritte werden nicht berücksichtigt. Es genügt also nicht der Antrag auf Curatorbestellung (§. 8 C. P. O.), auf Ladung zum Vergleichsversuche (§ 433), auf Bestellung von Schiedsrichtern oder Ausspruch nach §. 583 C. P. O., auf Delegation nach §§. 30 und 31 J. N., auf Bewilligung des Armenrechtes, auch nicht das Gesuch um Streitanmerkung (irrig Exner, Hypothekenrecht, S. 120), ja nicht einmal der Antrag auf Bestimmung der Zuständigkeit durch den Obersten Gerichtshof nach §. 28 J. N. (vgl. dagegen das deutsche b. G. B. §. 210). Wird ein Anspruch erst im Laufe des Processes erhoben, so kommt es auf die Zeit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (nicht etwa in einem vorbereitenden Schriftsatze) an, arg. Art. XLV, Einf. G. zur C. P. O.

[53]) Unger, II, §. 121, Note 30; Krainz-Pfaff, I, S. 401; A. M. Żródłowski, S. 114; Schiffner, S. 193, Note 33; Hasenöhrl, II, S. 629, Note 157; Burckhard, II, S. 597.

[54]) Deutsches b. G. B. §. 209, Z. 3; Regelsberger, Pand., I, §. 184, Anm. 5; dagegen Dernburg, Pand., I, §. 148, Note 13.

[55]) Nach der herrschenden Auslegung des §. 293, Abs. 2 der deutschen C. P. O. (§. 411 österr. C. P. O.).

Digitized by Google

Der Gedanke, dass es dem Berechtigten nicht freistehen dürfe, willkürlich Verjährung oder Ersitzung zu unterbrechen — daher eben die Klage für sich allein diesen Effect nicht herbeiführt — kommt auch darin zum Ausdrucke, dass der Zeitpunkt der Klage gänzlich unbeachtet bleibt, wenn der Kläger den Process unbetrieben liegen lässt.

Das ist anders im (neueren) gemeinen Rechte: Die Klage unterbricht für sich allein Verjährung und Ersitzung. Bleibt der Process liegen, so läuft von der letzten Partei- oder Gerichtshandlung an die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz, beziehungsweise die vierzigjährige ausserordentliche Ersitzung.

Das preussische Recht, das dem österreichischen als Muster gedient hat und deshalb für uns besonders wichtig ist, gibt andere Regeln für die Verjährung als für die Ersitzung.

Für die Verjährung: A. L. R., I, 9, §. 554. „Wird die gehörig angemeldete Klage nicht nach der Vorschrift der Gesetze verfolgt, so fängt von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, eine neue Verjährung wider ihn an."

Für die Ersitzung: A. L. R., I, 9, §. 605. „Hat aber der Kläger die Klage zurückgenommen oder den Betrieb der Sache liegen lassen, dergestalt, dass der Richter nach Vorschrift der Processordnung mit Reposition der Acten zu verfahren berechtigt ist, so ist die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten."

Das westgalizische Gesetzbuch enthielt keine Vorschrift über die „Civilunterbrechung". Zeiller füllte die Lücke aus, indem er in den einen §. 1497 a. b. G. B. zusammendrängte, was das allgemeine Landrecht in 14 Paragraphen von der Unterbrechung der Verjährung und in 12 Paragraphen von der Unterbrechung der Ersitzung sagt. Vor allem beseitigte er an dieser Stelle den im preussischen Rechte scharf hervortretenden Unterschied zwischen Verjährung und Ersitzung. Nachdrücklich genug hebt der Paragraph mit den Worten an: „Die Ersitzung sowohl als die Verjährung wird unterbrochen etc.", als wollte er im voraus protestiren gegen eine Auslegung, die seine Anordnungen etwa zum Theile oder gar zur Gänze nur auf die

Digitized by Google

Ersitzung beziehen möchte.[56]) Was nun speciell das Liegenbleiben des Processes betrifft, so wurde die Regel des §. 554 a. L. R. (Verjährung) abgelehnt und die des §. 605 (Ersitzung) allgemein, d. h. auch für die Verjährung recipirt.[57])

Wird der Process nicht gehörig fortgesetzt, so beginnt die Verjährung nicht von neuem, vielmehr ist sie in diesem Falle für ununterbrochen zu halten. Von der Zurückziehung der Klage[58]), deren §. 605 cit. gleichfalls gedenkt, ist in unserem §. 1497 keine Rede — mit Recht, denn die zurückgezogene ist gewiss eine nicht gehörig fortgesetzte Klage; was für diese gilt, ist ohneweiters auf jene zu beziehen.[59])

Wann aber kann man — abgesehen von dem Falle der Zurücknahme der Klage — sagen, die Klage sei nicht gehörig fortgesetzt? Jedenfalls muss Unthätigkeit des Klägers vorliegen, Versäumen einer Frist oder Tagsatzung oder auch Unterlassung eines nichtbefristeten Antrages, von dem der Fortgang des Processes abhängt.[60]) Auch sollte nicht bezweifelt werden, dass gleiche Unthätigkeit des Beklagten die Säumniss nicht sanirt. Darin, dass der Beklagte die Contumaz nicht rügt, liegt ja noch keine stillschweigende Fristerweiterung, vermöge welcher die Fortsetzung der Klage noch nach Jahrhunderten als rechtzeitig erscheinen müsste.[61]) Zweifelhaft ist nur die Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem die Klage nicht mehr als gehörig fortgesetzt und daher die Verjährung als ununterbrochen anzusehen ist. Wenn wir nicht an Stelle der Regel des §. 1497 geradezu den Rechtssatz setzen wollen, den unser Gesetz nicht recipirt hat, so dürfen wir diesen Zeitpunkt nicht erst an das Ende einer neuen, zweiten Verjährungsfrist setzen, die inmitten des Processes liegen würde.[62]) Eben-

[56]) Vgl. unten Note 70.

[57]) Gerade umgekehrt hat es die der Verjährung abgeneigte neueste deutsche Gesetzgebung gehalten. B. G. B. §§. 211 und 941.

[58]) Unger, II, §. 121 vor Note 32.

[59]) Hasenöhrl, II, §. 102, Note 158. Zum Ueberflusse kann auch auf §. 237, Abs. 3 C. P. O. verwiesen werden.

[60]) Krainz-Pfaff, I, S. 401; Burckhard, I, S. 573.

[61]) Unrichtig daher die Begründung der Entsch. Slg. 1726, 4555, 9013.

[62]) Slg. 14.211. Einen ganz eigenartigen Standpunkt nimmt die Entscheidung Slg. 16.995 ein, indem sie zu der vor Anbringung der Klage abgelaufenen Frist die Zeiträume rechnet, während welcher der Process liegen geblieben ist,

Digitized by Google

sowenig können wir aber die Klage schon in dem Augenblicke als nicht gehörig fortgesetzt betrachten, da der Kläger eine Frist oder eine Tagsatzung versäumt.[63]) Wer knapp vor Ablauf der Verjährungsfrist oder wer überhaupt eine in kurzer Zeit verjährende Forderung einklagt, dem würde stets das Gespenst der Verjährung, strenger als alle Vorschriften des Processrechtes, mit der Zerstörung seines Anspruches drohen, wenn er nicht unausgesetzt darauf bedacht bleibt, die Fristen zu wahren, die Tagsatzungen zu besuchen und alle Anträge, von denen der Fortgang des Verfahrens abhängt, auch wo dieselben an keine Frist gebunden sind, ohne Verzug einzubringen. Das Ruhen des Verfahrens, das schon die Processordnung mit einer zeitweiligen Rechtsverweigerung bestraft, würde §. 1497 a. b. G. B. gelegentlich auch noch mit dem definitiven Rechtsverluste ahnden.[64])

Die Theorie hat eine — der Praxis scheinbar fremde — Mittelmeinung acceptirt: das Ermessen des Richters soll entscheiden.[65]) Der Richter soll „mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse" beurtheilen, „ob es sich im vorliegenden Falle um Wiederaufnahme eines liegen gebliebenen Processes oder um Fortsetzung eines noch im Zuge befindlichen Rechtsstreites handle". Also nicht die für das materielle Recht bedeutungslose Verzögerung, sondern das zeitweilige Aufgeben des Processes vereitelt die Unterbrechung der Verjährung. Der Grund ist leicht einzusehen. Zurückziehung der Klage räumt anerkanntermassen das Hinderniss der Verjährung aus dem Wege — allerdings nur deshalb, weil infolge der Zurückziehung das Urtheil unterbleiben muss, das allein die unterbrechende Wirkung endgiltig herbeiführen kann. Nun gibt aber der Kläger sein Klagerecht sehr häufig stillschweigend auf, indem er die Klage zwar nicht

---

so dass die active Processführung nur als Hemmungsgrund der Verjährung erscheint.

[63]) Vgl. Slg. 2685. Die Gründe der Entscheidung Slg. 906 erklären geradezu, dass unsere Gesetzesstelle den Kläger erinnere, jede Verzögerung, so weit es an ihm liegt, zu vermeiden, widrigenfalls seine Unthätigkeit den Eintritt der Verjährung herbeiführen soll.

[64]) Thatsächlich behauptet Neumann, Commentar S. 435, dass während des Ruhens Verjährung und Ersitzung fortlaufen, obwohl doch der Kläger das Verfahren drei Monate lang beim besten Willen nicht in Gang bringen kann.

[65]) Unger, System, II, S. 431, Note 36; Źródłowski, S. 107; Schiffner, § 147, Note 36; Hasenöhrl, II, §. 102, Note 161.

Digitized by Google

formell zurückzieht, aber auch den Process nicht fortführt. Es ist ihm z. B. Leistung der actorischen Caution aufgetragen[66]: er leistet die Caution nicht, der Beklagte stellt keinen Antrag (§. 60 C. P. O.). Der Process ist praktisch aufgegeben, formell bleibt er anhängig in Ewigkeit. Oder: Das Verfahren ist und bleibt unterbrochen; es ruht und wird nicht aufgenommen; die Klagebeantwortung wird nicht überreicht und Kläger verlangt die Anordnung der Tagsatzung (§. 398) nicht. Das sind Fälle, in denen der Beklagte trotz der Fortdauer der Rechtshängigkeit, trotz der immerwährenden Möglichkeit, dass es doch noch zu einem Urtheile kommt, irgend einmal sich wird sagen dürfen, dass Kläger von der Verfolgung seines Rechtes abstehe, dass er seine Klage zwar nicht formell zurückgenommen, aber praktisch aufgegeben habe. Und wenn es einmal so weit gekommen ist, dann ist es nur consequent, wenn man — ebenso wie im Falle der ausdrücklichen Zurücknahme der Klage — der Ersitzung und Verjährung ihren Lauf lässt.

Für den Richter aber ist es sehr schwer, die materiellrechtlich so wichtige Grenze zwischen Verzögerung und Fallenlassen des Processes auf den Tag genau zu bestimmen. Die „individuellen Verhältnisse" sollen entscheiden. Wenn aber aus denselben, soweit sie dem Richter bekannt werden, nichts Bestimmtes sich entnehmen lässt? Und wenn nun der Kläger etwa schon im voraus auf den Tag genau wissen wollte, wie lange er säumen dürfe, ohne sein Recht der Verjährung preiszugeben?

Kaum wagen wir es, Antwort auf diese Frage in den publicirten oberstgerichtlichen Entscheidungen zu suchen, da sich dieselben so vielfach zu widerstreiten scheinen und ihnen gerade der Gedanke einer Zeitbestimmung nach richterlichem Ermessen völlig fremd ist. Und doch! Wenn wir nicht die Gründe, sondern die Thatbestände der Entscheidungen vergleichen, so zeigt sich — wie auch sonst so häufig — geradezu überraschende Consequenz. Wir finden, dass der Oberste Gerichtshof überall auf die Dauer der Unterbrechung Rücksicht genommen hat. War sie verhältnissmässig kurz, so blieb es bei der Unterbrechung, weil der Beklagte keinen Contumazialantrag gestellt, also stillschweigend eine Frist zugestanden habe, oder

[66]) Slg. 14.211.

Digitized by Google

weil eine neue Verjährungsfrist begonnen habe, die noch nicht abgelaufen sei, bei Besitzstörungsprocessen auch aus dem Grunde, weil §. 1497 auf die dreissigtägige Frist[67]) nicht anwendbar sei etc. War aber die Dauer der Unterbrechung hinlänglich lang, dann wurde von alledem das Gegentheil geltend gemacht.

Genauere Vergleichung der Entscheidungen[68]) zeigt uns die Grenze. Stillstand des Processes in der Dauer von weniger als 4 Jahren wird nie, längerer stets berücksichtigt.

Die Frist von 4 Jahren dürfte im Hinblicke auf die bisherige Processpraxis angemessen erschienen sein, da Processe von solcher Dauer keine ungewöhnliche Erscheinung waren. Die Processreform bietet hinlängliche Veranlassung, der „gehörigen Fortsetzung" engere Grenzen zu setzen. Welcher Zeitpunkt soll nun entscheiden?

Es scheint mir gewagt, aber nicht unzulässig, daran zu erinnern, dass in der Geschäftsordnung eine Frist bestimmt ist, bei deren Ablauf der Richter die Acten über nicht fortgesetzte Processe an die Registratur abgibt: eine Frist, die offenbar deswegen festgesetzt ist, weil innerhalb derselben der Richter die Fortsetzung des Verfahrens erwarten und deshalb die Acten bereithalten muss, während er nach Ablauf der Frist erfahrungsgemäss annehmen kann, dass die Sache endgiltig erledigt sei.

Zu reponiren sind: „Die Acten der Processe, in welchen das Verfahren seit einem Jahre nicht fortgesetzt wurde,

---

[67]) Die Civilprocessordnung scheint sich der Ansicht Randa's angeschlossen zu haben, da die Fassung des §. 454 C. P. O. seinem Vorschlage (Besitz, 4. Aufl., S. 358) entspricht. Anders freilich das Einführungsgesetz (Art. LII). Aber selbst wenn die Frist des §. 454 keine Verjährungsfrist wäre, müsste §. 1497 a. b. G. B. analog angewendet werden, da ja gerade bei Besitzstörungsprocessen die „gehörige Fortsetzung" am dringendsten geboten ist. Der Oberste Gerichtshof behandelt denn auch die Frist in dieser Beziehung ebenso wie die gewöhnlichen Verjährungsfristen. Vgl. die folgende Note (Slg. 5933, 8194, 9340, 13.616). Nur in Ansehung der Wechselverjährung hat der Oberste Gerichtshof sich nicht entschliessen können, die gehörige Fortsetzung der Klage zu verlangen. Entsch. v. 10. December 1896, Amtl. Slg. Nr. 1338. Vgl. jedoch Grünhut, Wechselrecht, II, S. 553.

[68]) Der Process ist nicht gehörig fortgesetzt, wenn der Stillstand beträgt: 26 Jahre (169, 6995), 15 Jahre (905), 11 Jahre (5933), 8 Jahre (2685), 7 Jahre (12.913), 6 Jahre (10.759) oder 4 Jahre (8194). Er ist gehörig fortgesetzt, wenn der Stillstand dauert: 1 Monat (13.616), 4 Monate (1726), 6 Monate (9013), 1 Jahr 4 Monate (4555), 2 Jahre 6 Monate (14.211), 3 Jahre 6 Monate (9340).

Digitized by Google

falls nicht ein bestimmter späterer Zeitpunkt als Ende des Ruhens vereinbart und dem Gerichte bekanntgegeben ist" (§. 289).

Ueberdies sagt §. 227, Z. 2 G. O., die Sache sei (für das Register) „an dem Tage, an welchem dem Gerichte ein aussergerichtliches Vorkommniss, durch das der Process erledigt wird, zur Kenntniss gelangt, sonst nach Ablauf eines Jahres seit dem letzten die Processführung betreffenden Parteiantrage als erledigt anzusehen".

An dem Tage, an dem das Gericht — wenn auch vielleicht mit Unrecht — die Sache als erledigt ansieht, wird sie wohl auch der Beklagte, für den ja die nämlichen Erfahrungen massgebend sind, als erledigt ansehen dürfen. Damit wären wir also zu einer — mindestens *in subsidium* anwendbaren — Fristbestimmung gelangt, die eine präcise Entscheidung der Frage ermöglicht und, ohne den Kläger grundlos zur Eile zu drängen, den Beklagten doch nicht allzu langer Unsicherheit preisgibt.

Sollte aber die Heranziehung von Bestimmungen der Geschäftsordnung zur Lösung einer materiellrechtlichen Frage auf den ersten Blick Anstoss erregen, so wird die oben citirte Bestimmung des allgemeinen Landrechtes (I, 9, §. 105) die Beruhigung gewähren, dass eine solche Lösung nicht unerhört, ja vielleicht gerade diejenige ist, die den Verfassern unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vorgeschwebt haben mag.

Erwägt man ferner, dass für eine anderweitige praktikable und zugleich präcise Lösung jeder Anhaltspunkt fehlt, dass man also eigentlich gar keine Wahl hat, so wird man sich schliesslich die Ausfüllung einer so unerträglichen Lücke mit dem freilich weit hergeholten Materiale gerne gefallen lassen.

Wie bei Zurücknahme der Klage oder Fallenlassen des Processes, so werden auch bei Abweisung der Klage Verjährung und Ersitzung für ununterbrochen gehalten.[69]) Diese Wirkung kommt auch — und sogar in erster Linie — der Abweisung aus formalen Gründen zu. Denn der Schlusssatz des §. 1497 gilt gewiss nicht blos für die Ersitzung[70]); auch ist

[69]) Slg. 1470, 5367, 11 675.

[70]) Unger, II, §. 121, Note 40. Burckhard, II, S. 571, will sogar den ganzen Paragraphen nur auf die Ersitzung beziehen!

Digitized by Google

er nicht auf den Fall der Restitution zu beziehen.[71]) Vielmehr hatten die Redactoren gerade den Fall im Auge, dass der Kläger „durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil rechtskräftig abgewiesen wird".[72])

Ihre Vorlage — das allgemeine Landesrecht — sagt nämlich zunächst:

„Hat er (der Kläger) ein wirkliches Erkenntniss, wodurch er abgewiesen worden, rechtskräftig werden lassen, so hat es dabei lediglich sein Bewenden." (I, 9, §. 557.)

Das zu sagen, mochte unseren Redactoren überflüssig erscheinen, nicht aber auch die Vorschrift des §. 606 (in Verbindung mit §. 605):

„ . . wenn der Kläger . . durch ein Decret abgewiesen wird und sich dabei länger als dreissig Tage nach Erhaltung des Decretes beruhigt . . .", „so ist die Verjährung für nicht unterbrochen zu achten."[73])

Zeiller überliess offenbar die Form des Spruches und die Rechtsmittelfrist der Gerichtsordnung, im übrigen acceptirte er den Rechtssatz des Landrechtes, der nunmehr auch die meritorische Abweisung zu decken scheint, auf die er nicht gemünzt ist.

Aber er acceptirte die Ausnahme (Incompetenz) nicht, die das Landrecht zulässt. So unbillig nun der Rechtssatz ist[74]), so unzweifelhaft ist er. Jede Abweisung aus formalen Gründen, auch die Abweisung wegen Incompetenz nicht ausgeschlossen[75]),

---

[71]) A. M. Źródłowski, S. 110 ff. u. a. Schiffner (§. 147, Note 40) gibt zu, dass die behauptete Beziehung des Schlusssatzes des §. 1497 auf die Restitution „den Redactoren wohl unbewusst war". Richtig Slg. 8039 und Entsch. v. 8. Nov. 1894, Amtl. Slg. 1122, anders Slg. 904. Die Frage ist nun durch Art. XLVI Einf. G. zur C. P. O. gegenstandslos geworden.

[72]) Deutsches B. G. B. §. 212.

[73]) „Für nicht unterbrochen zu achten." §. 1497 sagt: „für ununterbrochen zu halten." Aber im ersten Entwurfe schloss der von Zeiller vorgeschlagene Paragraph noch mit den Worten „für ununterbrochen zu achten". Dieses minder übliche, später ausgemerzte Zeitwort verräth die Entlehnung besonders deutlich.

[74]) Schiffner, §. 147, Note 31.

[75]) Gleichwohl darf man nicht sagen, die Klage müsse, um die Verjährung zu unterbrechen, beim competenten Richter angebracht werden (Źródłowski, S. 100; Unger, II, S. 427; Krainz-Pfaff, I, S. 401 u. a.). Die

Digitized by Google

gibt das materielle Recht der Verjährung preis.[76]) — Keine Abweisung (im Sinne des §. 1497) liegt jedoch vor, die Verjährung bleibt also unterbrochen:

1. wenn die Klage zur Verbesserung zurückgestellt und sofort[77]) wieder vorgelegt wird,

2. wenn die beim incompetenten Richter überreichte Klage von diesem an den competenten Richter geleitet wird.[78])

Gemäss Art. XLVI Einf. Ges. zur Civilprocessordnung kann eine während des Processes oder erst nach dessen Beendigung eingetretene Ersitzung oder Verjährung nicht zum Nachtheile dessen geltend gemacht werden, dem nachträglich die Wiederaufnahme des über dieses Recht geführten Processes bewilligt worden ist.

In dieser Bestimmung gelangt ein Princip von allgemeiner Bedeutung zum Ausdrucke: das Princip der Relativität der (sogenannten civilen) Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung.

Dritte Personen, auf welche sich die Rechtskraft des Urtheiles nicht erstreckt, können auch die nur durch das rechts-

---

Competenzfrage ist nicht etwa behufs Beurtheilung der Verjährungseinrede selbstständig zu prüfen. Nur wenn die Klage wegen Incompetenz abgewiesen wird, ist die Verjährung ebenso wie im Falle der Abweisung aus irgend einem anderen Grunde für ununterbrochen zu halten. Die entgegengesetzte Meinung könnte das im Text bei Note 78 Gesagte nicht zugeben.

[76]) Slg. 5367. Mit Recht erblickt Hasenöhrl, II, S. 631, fg. gerade darin die praktische Bedeutung des Schlussatzes des §. 1497, a. b. G B. Vgl. dagegen §. 212 des deutschen B. G. B.

[77]) Binnen welcher Frist? Eine Reproducirungsfrist, die uns möglicher Weise aus der Verlegenheit helfen könnte (darüber Źródłowski, S. 101, Hasenöhrl, II, §. 102, Note 156), hat der Richter nicht zu bestimmen. Von einer Fiction des Inhaltes, dass die verbesserte Klage am Tage des ersten Einlangens überreicht sei, kann also keine Rede sein (§. 85 C. P. O.). Anderseits kann es doch nicht von dem zufällig bei Anordnung der Verbesserung beobachteten Vorgange (Ladung des Klägers oder Rückstellung der Klage) abhängen, ob die Verjährung unterbrochen wird oder nicht. Ausserdem kommt in Betracht, dass dem Kläger gegen die Rückstellung der Klage zur Verbesserung kein abgesondertes Rechtsmittel zusteht. Eine scharfe Zeitgrenze ist aber auch hier nöthig. Man wird vielleicht arg. §. 89, Abs. 4 Gesch. Odg. eine dreitägige Frist im Allgemeinen für angemessen halten können.

[78]) §. 60 J. N. Wichtiger ist die analoge Anwendung dieses Satzes auf die Unterbrechung durch Executionsantrag (§. 44 J. N.).

Digitized by Google

kräftige Urtheil endgiltig herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung nicht für sich geltend machen.

Der Besitzer also, der vor Ablauf der Ersitzungsfrist vom Eigenthümer belangt wird, vollendet Dritten gegenüber die Ersitzung; er wird Eigenthümer und dadurch erlischt zunächst das Eigenthumsrecht des Vindicanten. Aber das Urtheil richtet sich, wenn der Process gehörig fortgeführt wird, nach dem Zeitpunkte der Klage, gibt also dem Kläger sein Eigenthum zurück, als ob er es nie verloren hätte. Wird der Kläger rechtskräftig abgewiesen, dann aber die Wiederaufnahme bewilligt, so nimmt auch das zweite Urtheil nur auf den Zeitpunkt der ersten Klage Rücksicht.

Es ergeben sich dann nacheinander folgende Situationen:

I. Ueberreichung der Klage — die Verjährung oder Ersitzung gilt (eventuell) als unterbrochen,

II. rechtskräftige Abweisung des Klägers — sie gilt als ununterbrochen,

III. Bewilligung der Wiederaufnahme — sie gilt als (im Zeitpunkte der ersten Klage) unterbrochen;

dann kann noch folgen:

IV. Neuerliche rechtskräftige Abweisung des Klägers — sie gilt wieder als ununterbrochen.

Das Princip der Relativität ist im Art. XLVI cit. nur nach einer Richtung hin ausdrücklich anerkannt; dass die Unterbrechung der Verjährung und Ersitzung nur zum Nachtheile des Processgegners wirke, ist nicht gesagt. Und doch macht sich auch in dieser Hinsicht die blos relative Bedeutung der Rechtskraft geltend.

Wenn z. B. nach Abweisung des Eigenthumsklägers ein unbetheiligter Dritter den Streitgegenstand ersessen hat und dann erst der Kläger dem Beklagten gegenüber die Wiederaufnahme bewirkt, so wird der Dritte ungeachtet der Wiederaufnahme die von ihm begonnene[79]) und vollendete Ersitzung zum Nachtheile des Klägers ohne Rücksicht auf den schliesslichen Erfolg des Rechtsstreites geltend machen können. Der Wortlaut des Art. XLVI würde die entgegengesetzte Ent-

[79]) Die Ersitzungszeit des Beklagten wird er allerdings nicht einrechnen dürfen (§. 1493).

Digitized by Google

scheidung rechtfertigen; aber der Artikel ist einschränkend zu interpretiren.

Die Klage unterbricht somit Ersitzung und Verjährung zu Gunsten des Klägers und zu Ungunsten des Beklagten[80]) unter der Voraussetzung, dass ihr mit Urtheil endgiltig (sei es auch erst im Wege der Wiederaufnahme) stattgegeben wird.

Beständiger Rechtsunsicherheit wird durch die beiden Fristen des §. 534 C. P. O. vorgebeugt, von denen allerdings nur die eine (Abs. 1) eine Nothfrist ist.[81])

Der unwidersprochen gebliebene Zahlungsbefehl im Mahnverfahren steht einem rechtskräftigen Urtheile gleich. Die Wirkungen der Rechtskraft erlöschen jedoch, wenn nicht binnen sechs Monaten die Einleitung der Execution gegen den Schuldner beantragt wird.[82]) Gleichwohl soll nach österreichischem Rechte die nach §. 13, Abs. 1 Ges. v. 27. April 1873 eingetretene Unterbrechung der Verjährung hiedurch nicht berührt werden (§. 16 Ges. cit.). Nach §. 13, Abs. 1 hat aber das Ansuchen um Erlassung des Zahlungsbefehles in Betreff der Unterbrechung der Verjährung eben nur die Wirkung einer Klage, und die Klage unterbricht gemäss §. 1497 a. b. G. B. für sich allein die Verjährung nicht. Hieraus entspringt eine merkwürdige Schwierigkeit. Da es nicht angeht, den nach Erlöschen der Rechtskraft eingeleiteten, von dem Mahngesuche in jeder Beziehung unabhängigen Process als „gehörige Fortsetzung" des Mahngesuches zu behandeln, so muss wohl dem Mahngesuche eine ganz anders geartete unterbrechende Wirkung zugeschrieben werden als nach §. 1497 der Klage. Das Mahngesuch unter-

---

[80]) „A persona ad personam non fit interruptio nec active nec passive" Slg. 670. A. M. bezüglich der Ersitzung Unger, II, §. 121, Note 40 *a* und Burckhard, II, 573, welche gerade in dem gegentheiligen Grundsatze die ratio des §. 1497 erblicken. Ueber die gemeinrechtliche Controverse vgl. Dernburg, Pand., I, §. 221, Note 17.

[81]) Doch kann auch die zehnjährige Frist nicht verlängert werden (Neumann, Commentar, S. 379 fg.). Eine Wiedereinsetzung gegen dieselbe findet nicht statt (Mandyczewski in dieser Zeitschrift, XXIV, S. 689). Der Endtermin ist also unverrückbar.

[82]) Die Bestimmungen des Just. Min. Erl. vom 21. Juli 1858, Nr. 105 R. G. Bl. sind daher auf die durch bedingten Zahlungsbefehl zuerkannten Ansprüche nicht anwendbar.

Digitized by Google

bricht — Zustellung des Zahlungsbefehles vorausgesetzt — die Verjährung unbedingt. Wann beginnt aber die Verjährung von neuem zu laufen? Mit der Ueberreichung des Mahngesuches, mit der Zustellung des Zahlungsbefehles, mit dem Beginne oder mit dem Ende der Rechtskraft? M. E. dürfte anzunehmen sein, dass die neue Verjährungsfrist zugleich mit der Präclusivfrist für den Antrag auf Zwangsvollstreckung, d. h. mit der Zustellung des Zahlungsbefehles zu laufen beginnt, und dass beide Fristen in ihrem Laufe von einander unabhängig sind.

VI.

Als eine auf den Zeitpunkt der Klage zurückbezogene Wirkung des Urtheils[83]) erscheint auch die Regel des §. 338 a. b. G. B., obwohl dieser Paragraph laut Marginalrubrik nur die Frage beantworten will, „inwiefern durch die Klage der Besitz unredlich wird". Man ist heute darüber einig, dass der Besitz durch die Klage[84]) überhaupt nicht unredlich wird; gleichwohl soll die Einleitung des Processes dem Besitzer besondere Verpflichtungen auferlegen. So lehrt Windscheid[85]):

„Der Beklagte, welcher von seinem Rechte überzeugt ist, muss nach dem Beginne des Processes sich wenigstens das zum Bewusstsein bringen, dass er trotz seiner redlichen Ueberzeugung möglicherweise den Process verlieren könne; er darf daher den Processgegenstand, welcher ihm immerhin abgesprochen werden kann, nicht mehr als den seinigen behandeln, nicht mehr über denselben verfügen und ihn nicht mehr vernachlässigen, er ist für den Processgegenstand verantwortlich wie für einen fremden."

Welche Zumuthung! Ist es denn eines Rechtsstaates würdig, von dem Beklagten, der von seinem Rechte überzeugt

---

[83]) „Auch der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird. . ."

[84]) Als Processhandlung. Der Inhalt der Klage kann allerdings so gut wie der Inhalt eines Briefes, einer mündlichen Mittheilung etc. (oben II) geeignet sein, die bona fides zu zerstören.

[85]) Pand. §. 124 vor Note 5. Aehnlich Schiffner, I, S. 206; Burckhard, II, S. 575; Hasenöhrl, II, S. 331. Noch strenger Stubenrauch zu §. 338 a. b. G. B.: der redliche Besitzer müsse sich „als einen blossen Verwalter betrachten, bis der Rechtsstreit entschieden ist".

Digitized by Google

ist, zu verlangen, dass er gleichwohl alle Anstalten treffe für den Fall, dass aus dem Processe siegreich hervorgeht, was ihm Unrecht scheint? Das hiesse wohl, dem Rechtsgefühle alle Beachtung versagen, um an seine Stelle jene Auffassung des Rechtsstreites zu setzen, die aus den traurigsten Justizzuständen entsprungen ist als die schmachvollste Frucht: die Auffassung, dass der Process, losgelöst von der Basis des Rechtes, nur ein Glücksspiel sei, bei dem eine Partei so gut gewinnen kann wie die andere.

Nein, das will das Gesetz nicht. Der von seinem Rechte überzeugte Besitzer darf vielmehr ungeachtet der — vielleicht ganz muthwilligen — Klage den Streitgegenstand nach wie vor „nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen" (§. 330), er darf ihn veräussern[86]), er kann auch die Früchte nach Belieben beziehen[87]) oder unbezogen lassen, er kann sie verbrauchen, veräussern und vertilgen.

---

[86]) §. 378 a. b. G. B. Die rein negative Regel des §. 234 C. P. O. ist für das materielle Recht bedeutungslos. Das Gesetz sagt hier nicht mehr, als dass Kläger und Beklagter zur Fortführung des Processes auch nach Veräusserung der streitigen Forderung, bezw. des Streitgegenstandes legitimirt sind — also etwas Selbstverständliches. Die Veräusserung der streitigen Forderung beseitigt gleichwohl die Sachlegitimation des Klägers und kann daher seine Abweisung herbeiführen. Ebenso kann die Veräusserung des Streitgegenstandes durch den Beklagten nach Umständen eine Klagsänderung (§. 235 C. P. O., letzter Satz) rechtfertigen, ja sogar ausnahmsweise (namentlich bei unfreiwilliger Veräusserung) die Klage geradezu gegenstandslos machen. Eine ganz andere Tragweite hat die analoge Bestimmung des §. 236, Abs. 2 der deutschen Reichscivilprocessordnung im Hinblicke auf die erweiterte Vollstreckbarkeit der Entscheidung.

[87]) Der „Processbesitzer" wird jedoch nicht Eigenthümer der Früchte, wenn er nicht Eigenthümer der Hauptsache ist. Die nach dem Processbeginne bezogenen Früchte theilen vielmehr das Schicksal der Hauptsache. Die anomale Bestimmung des §. 330 verliert ihre Geltung. Hierin liegt also eine besondere (gewissermassen negative) Wirkung des Processbeginnes, die zu vergleichen ist mit der Bedeutung des Beginnes der Zwangsverwaltung für die Geltendmachung des Pfandrechtes an den Früchten (§. 457) — nur dass sich die Hypothek auch auf gewisse abgesonderte *fructus exstantes* bezieht (die zur Zeit der Uebergabe an den Verwalter „schon abgesonderten und auf der Liegenschaft befindlichen Früchte" §. 119 E. O.), während die Geltendmachung des Eigenthumsrechtes an den Früchten gegenüber dem redlichen Besitzer ganz auf die bei Beginn des Verfahrens noch nicht abgesonderten Früchte beschränkt ist. Der geänderten Stellung des Besitzers in Ansehung der Früchte entspricht die weitere Aenderung, welche der Processbeginn in Ansehung des Aufwandes herbeiführt.

Digitized by Google

Diese durch keine Obligation getrübte Dispositionsbefugniss zeigt sich in zwei Richtungen:

I. Während des Processes kann der Kläger keine Verfügung des Beklagten beanständen. Er kann nicht schon vor dem Urtheile geltend machen, der Besitzer dürfe die Sache „nicht mehr als die seinige behandeln, nicht mehr über dieselbe verfügen, sie nicht vernachlässigen etc.". Die angeblichen Pflichten des Besitzers können vielmehr während des Processes in keiner Weise erzwungen werden. Das einzige Auskunftsmittel, das dem gefährdeten Kläger zu Gebote steht, ist die Erwirkung einstweiliger Verfügungen. Erst durch diese können dem Beklagten (vom Richter) schon während des Processes einzelne nachtheilige Handlungen, bestimmte oder alle Veränderungen des Streitgegenstandes untersagt werden (§. 382, Z. 5 E. O.). Auch für die Verwahrung der Sache, den Bezug der Früchte etc. kann durch einstweilige Verfügungen vorgesorgt werden.

Dabei ist aber zu beachten:

1. Die einstweiligen Verfügungen realisiren nicht irgendwelche besondere Pflichten des redlichen Besitzers; sind sie doch im gleichen Umfange auch gegen den mit einer obligatorischen Klage belangten Eigenthümer zulässig.

2. Die Erwirkung einstweiliger Verfügungen ist gegenüber dem redlichen Besitzer nicht minder nothwendig, wie gegenüber jedem anderen Beklagten; in deren Ermangelung ist er, ungeachtet des schwebenden Rechtsstreites, in seinen Dispositionen nicht beschränkt.

II. Der von seinem Rechte vollkommen überzeugte Besitzer ist begreiflicherweise häufig genug mit gutem Grunde überzeugt und gewinnt den Process. Kann man ihn nun tadeln, wenn er — des Erfolges gewiss — ohne das Urtheil abzuwarten, z. B. die Streitsache consumirt hat? Kann man sagen, er habe eine Pflicht verletzt, weil er sich habe „zum Bewusstsein bringen müssen, dass er trotz seiner redlichen Ueberzeugung den Process verlieren könne?"

Nach der Klage kann der Besitzer nicht mehr für Aufwand Ersatz verlangen, den er aus den Früchten bestritten hat; er wird also hinsichtlich des Aufwandes mit Recht dem unredlichen Besitzer gleichgestellt. Denn gerade in diesem Punkte liegt die wichtigste Differenz zwischen den Ersatzansprüchen des redlichen und des unredlichen Besitzers. Vgl. Pfaff in dieser Zeitschrift, II, S. 313.

Digitized by Google

Der Rechtssatz ist also anders zu begründen und zu formuliren.

Der beklagte redliche Besitzer kann und darf nach eigenem Ermessen über den Streitgegenstand disponiren — aber auf eigene Gefahr, nicht mehr (wie vor dem Streitbeginne) auf Gefahr des Eigenthümers. Ist der Beklagte im Rechte, so trifft ihn weder der Vorwurf irgend einer nicht erfüllten Pflicht, noch auch eine Haftung für seine rechtmässigen Handlungen. Ist der Kläger im Rechte, dann wird der Besitzer nachträglich zur Verantwortung gezogen nach dem Grundsatze des Handels auf eigene Gefahr.[88]) Der Besitzer muss dann den Schaden ersetzen, den er durch seine vollkommen rechtmässigen Handlungen und Unterlassungen herbeigeführt hat, er muss den Nutzen herausgeben, den er sich zuzueignen berechtigt war.

Es liegt ein „Verantwortlichwerden *ex post*" vor wie im Falle des §. 1283 a. b. G. B.[89]) Erst das Urtheil lässt die Verantwortlichkeit entstehen. Sie tritt daher nicht ein, wenn die Klage — sei es auch aus formalen Gründen — abgewiesen wird.[90]) Nur insoweit ist es (wie hinsichtlich aller eigentlichen Processwirkungen) richtig, dass Anbringung der Klage beim competenten Richter erfordert werde.[91])

Ueber das Mass einer Verantwortlichkeit für eigene Handlungen und Unterlassungen (Handeln auf eigene Gefahr) geht nur hinaus die Haftung des redlichen Besitzers für den Zufall im Falle einer Verzögerung der Zurückgabe durch einen muthwilligen[92]) Rechtsstreit. Darin liegt eine Haftung für *casus mixtus* (§. 1311 a. b. G. B.), die hier in dem allgemeinen Grundsatze ihre Rechtfertigung findet, dass die unterliegende Partei,

---

[88]) Unger (Handeln auf eigene Gefahr) gedenkt dieses Falles nicht, aber er knüpft schon im System, II, S. 540, an die herkömmliche Begründung die richtige Formulirung des Rechtssatzes: „Von der Zeit der Klagemittheilung an kann daher der redliche Besitzer nur mehr auf seine Gefahr veräussern . . ."

[89]) Vgl. hierüber Unger, Erbrecht §. 49, Note 13. „Verantwortlich werden *ex post*" kann immer nur durch den Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr gerechtfertigt werden. Der Erbe, der vor dem Verkaufe der Erbschaft Nachlassstücke beschädigt, thut dies auf eigene Gefahr, nicht auf Gefahr des Käufers.

[90]) Anders nach preussischem Rechte: Dernburg, Privatrecht, I, §. 131.

[91]) Krainz-Pfaff, I, S. 412. Vgl. oben Note 75.

[92]) Krainz-Pfaff a. a. O.; vgl. Klein, Schuldhafte Parteihandlung, S. 123, Note 146.

Digitized by Google

die offenbar muthwillig Process geführt hat, zur Entschädigung des Klägers verpflichtet ist.[93])

Wird mit der Eigenthumsklage der blosse Inhaber belangt, so trifft ihn — nicht den Besitzer — die Haftung nach §. 338 a. b. G. B. Lässt er die Sache nach zugestellter Klage fahren, so muss er, nicht der Besitzer, den ausserordentlichen Werth ersetzen. Der Inhaber kann sich aber von jeder Haftung befreien durch den Nachweis, dass er in fremden Namen besitzt (§. 375 a. b. G. B.), nicht auch durch (fruchtlose) „Benennung des Auctors" im Sinne der Civilprocessordnung.[94])

Im Sinne unseres bürgerlichen Gesetzbuches sind die für die Haftung des Besitzers geltenden Regeln analog auf die Bereicherungsklagen anzuwenden. Wir dürfen nicht geradezu sagen, es sei „in der Regel der Zustand zur Zeit der Klagemittheilung entscheidend in Ansehung der Existenz und des Umfanges der Bereicherung".[95]) Vielmehr kommt auch hier nur der Grundsatz des Handelns auf eigene Gefahr zur Geltung.

[93]) §. 408 C. P. O. Mit Recht bemerkt hiezu der gemeinsame Bericht der Permanenzcommissionen (S. 7 f.): „Dass jede Partei, die ihren Gegner durch dolose Processführung in Schaden gebracht hat, diesen Schaden ersetzen müsse, steht nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche fest."

[94]) Das Bedürfniss, das zu den Vorschriften der §§. 22—25 C. P. O. Anlass gegeben hat, ist schwer zu erkennen. Vermuthlich sollte damit die Controverse aus der Welt geschafft werden, zu der — vermöge einer gemeinrechtlichen Reminiscenz — §. 375 a. b. G. B. Anlass geben konnte, so lange dessen Redactionsgeschichte nicht bekannt war. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt die technische *nominatio auctoris* nicht. Es hat lediglich in den §§. 366 und 375 a. b. G. B. die Frage der Passivlegitimation gegenüber der Eigenthumsklage gelöst, und zwar durch eine Art Vermuthung. Passiv legitimirt ist der Besitzer (§. 375), aber der Kläger hat nur die Inhabung zu erweisen (§. 366). Ist die Inhabung ausser Zweifel gestellt, so hat der Beklagte den Beweis zu erbringen, dass er nicht der Besitzer sei, indem er „seinen Vormann namhaft macht und sich darüber ausweiset". Allerdings darf er sich also nicht auf die Negative beschränken, es genügt nicht zu beweisen, dass nicht er, es muss gesagt und bewiesen werden, wer Besitzer sei. Müsste man annehmen, dass an Stelle dieser Befugniss das Recht der Auctorbenennung nach der Civilprocessordnung getreten sei, so wäre der Inhaber im Falle des §. 24 C. P. O. der Eigenthumsklage schutzlos preisgegeben. Denn wenn er den Kläger befriedigt, so soll erst das bürgerliche Recht entscheiden, „inwieferne dem Auctor hieraus ein Anspruch aus Schadenersatz erwächst". Das bürgerliche Recht hat aber dem Inhaber diese missliche Situation ganz ersparen wollen.

[95]) Unger, System, II, S. 549; Krainz-Pfaff, I., S. 412; Schiffner, I, S. 208; Burckhard, II, S. 579.

Digitized by Google

Zufälliger Untergang der Bereicherung im Laufe des Rechtsstreites befreit den redlichen Beklagten, der den Process nicht muthwillig in die Länge gezogen hat. Eigene Handlungen, insbesondere Verbrauch, (unentgeltliche) Veräusserung, befreien ihn vom Augenblicke der Rechtshängigkeit angefangen nicht, auch nicht bei der eigentlichen Bereicherung (z. B. im Falle des §. 951), die sonst durch derartige Handlungen dann aufgehoben wird, wenn nicht ein Aequivalent an die Stelle des verbrauchten oder veräusserten Gegenstandes tritt.[96])

[96]) Für die volle Bereicherung (z. B. im Falle des §. 1437) hat der Streitbeginn geringere Bedeutung, weil sie schon vor der Klage durch Consumtion nicht aufgehoben, sondern perpetuirt wird, arg. §. 1431 („ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn"). Vgl. „der Werth als Gegenstand der Bereicherung (Werthbesitz)", Gerichtszeitung, 1892, Nr. 4 und 5. Dasselbe gilt für die Bereicherung nach Art. 83 W. O. Grünhut, Wechselrecht, II, S. 559, Note 4.

Digitized by Google

VI.

Die Anstiftung zu dem Verbrechen
nach §. 143 des Strafgesetzes.

Von

Dr. **Jul. Makarewicz,**

Privatdocent des Strafrechts, k. k. Gerichtsadjunct und Untersuchungsrichter (Krakau).

Amicus Plato . . .

Die Entscheidung des Obersten Gerichts- als Cassationshofes vom 11. Februar 1897, Z. 15.061, Sammlg. d. Ger.-Ztg. Nr. 2047 (vgl. S. 175 ff.) gehört zu denjenigen, welche zwar den Schein der Gerechtigkeit und der Menschlichkeit an sich tragen, weil sie augenscheinlich dem *jus aequum* Rechnung tragen, aber dessenungeachtet weder im Gesetze, noch in der Theorie ihre Begründung finden. Es ist wohl bekannt, von welcher weittragenden Bedeutung für die Praxis die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes sind, es ist allgemein bekannt, dass dieselben im Laufe der Zeiten die Rolle des Gesetzes oder wenigstens seiner authentischen Interpretation zu spielen anfangen, und es ist nicht zu wundern: in der Regel zeichnet sich die Judicatur des Cassationshofes durch grosse juridische Exactheit, vollkommene und vielseitige Beherrschung der Literatur, durch Rücksichtnahme auf die Fortschritte der Theorie aus. Diese wohlverdiente Autorität der oberstgerichtlichen Entscheidungen macht es einem jeden Juristen, der den Process der Bildung von Rechtssätzen und Rechtsprincipien verfolgt, zur Pflicht, besonders auf diesen Theil der Rechtssprechung des obersten Gerichtes sein Augenmerk zu richten, der seiner Ansicht nach nicht ganz stichhältigen Grundsätzen huldigt oder überhaupt nicht ganz vorwurfsfrei bleiben kann; es ist auch für ihn keine angenehme Pflicht, mit seinen Bedenken vor die

Digitized by Google

Oeffentlichkeit zu treten, noch ehe eine Präcedenz für die Zukunft entsteht, noch ehe ein Vorurtheil sich bildet, ein mächtiges unerschütterliches Vorurtheil im Sinne der bekannten: wie z. B. dass die Todesstrafe nicht verschärft werden darf, dass man nach Verbüssung einer Freiheitsstrafe wegen irgend einer strafbaren Handlung schon nicht mehr zu der Todesstrafe wegen eines zusammentreffenden Capitaldelictes verurtheilt werden darf[1]), dass dem österreichischen Strafgesetze (§§. 34, 35, 208) die ideale Verbrechensconcurrenz bekannt ist[2]), dass der §. 1 des Strafgesetzes, indem er den *dolus indirectus* construirt, die Voraussehbarkeit des schwereren Erfolges zu keiner wesentlichen Bedingung desselben macht[3]) u. s. w.

Der concrete Fall, welcher der oberwähnten und von uns zu besprechenden Entscheidung als Grundlage gedient hat, ist folgender:

Ueber Aufforderung des Michael K. misshandelten Georg H., Andreas W. und Josef W. am 8. December 1896 den Michael M. Eine der von Michael M. bei dieser Misshandlung erlittenen Körperverletzungen zog dessen Tod nach sich. Es konnte nicht ermittelt werden, wer von den Angreifern sie zugefügt habe. Deswegen sprach das Kreis- als Schwurgericht Eger mit Urtheil vom 13. November 1896, Z. 9325, die Angreifer der schweren körperlichen Beschädigung nach §. 143 St. G. schuldig, wogegen er den Michael K. wegen Mitschuld am Todtschlage nach §. 5 und §. 140 St. G. straffällig erkannte.

In Bekämpfung der eingebrachten Nichtigkeitsbeschwerde bemerkte der Vertreter der Generalprocuratur unter anderem: „Belangend die behauptete Unmöglichkeit intellectueller Urheberschaft bei dem Verbrechen des Todtschlages und die diesfalls in der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellte Ansicht, die vorsätzliche Veranlassung der Tödtung eines Menschen würde gemäss

[1]) Vgl. Prof. Lammasch, Ueber das Verbot der Verschärfung der Todesstrafe, in der Allg. österr. Ger.-Ztg. Nr. 7 ex 1897. Gernerth, Auch ein Wort über die Anwendbarkeit der Todesstrafe bei nachträglich hervorgekommenen Capitalverbrechen, ib. Nr. 16. Melzer, Zur Auslegung der §§. 34, 35, 50 St. G., §§. 264, 265 Str. Proc. O. ib. Nr. 38.

[2]) Vgl. Makarewicz, Ideale Verbrechensconcurrenz im österr. Strafgesetze? 1897. (Poln.)

[3]) Vgl. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, I, 190 ff.

Digitized by Google

§§. 134 und 135, Z. 3 St. G. sofort zum bestellten Morde, hier aber liege nur die Aufforderung zu einer Misshandlung im Sinne der §§. 5 und 496 St. G. vor, so genügt es, darauf hinzuweisen, dass der Anstifter nicht das mit dem Verbrechen verbundene Uebel (den Verbrechenserfolg), sondern blos die Uebelthat als solche, also die Verwirklichung der gesetzlichen Delictsmerkmale, wollen muss."

„Insofern nun zum Verbrechen des Todtschlages der sogenannte *dolus indirectus* (die feindselige Absicht) ausreicht, ja der Tödtungserfolg gar nicht beabsichtigt sein darf, dieses Delict also durch eine Mischung von *dolus* und *culpa* gekennzeichnet erscheint, wird jede dolose Thätigkeit die Erfordernisse vorsätzlicher Veranlassung im Sinne des §. 5 St. G. erfüllen, welche in dem unmittelbaren Thäter den Entschluss erzeugt, die den Tod eines Dritten herbeiführende That in feindseliger Absicht zu setzen. Wäre die Tödtung selbst vom Anstifter gewollt, so schlüge die ihm zur Last fallende That allerdings in das Delict des Mordes um; fehlt aber die Tödtungsabsicht, so ist nicht abzusehen, warum die allgemeinen Bestimmungen des §. 5 St. G. auf das Verbrechen des Todtschlages nicht anwendbar sein sollten. Sobald der *dolus* des Anstifters mit jenem des unmittelbaren Thäters identisch ist — und er besteht bei beiden in der feindseligen (auf körperliche Misshandlung gerichteten) Absicht —, so haben beide auch dasselbe Delict und den zu dessen Thatbestande erforderlichen thatsächlich eingetretenen Erfolg zu verantworten. Es entspräche keineswegs dem §. 5 St. G. (welcher im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit dem Mitschuldigen dasselbe Delict zugerechnet wissen will wie dem Hauptthäter), diese Verantwortlichkeit nur dem unmittelbaren Thäter, nicht aber dem nach §. 44 *d* und *e* St. G. sogar strenger zu behandelnden Anstifter aufzuerlegen."

„Wohl ist es ferner nach den Grundsätzen des §. 5 St. G. Regel, dass der Mitschuldige (intellectuelle Urheber, Gehilfe oder Theilnehmer) sich eben desselben Verbrechens schuldig macht, welches der Hauptthäter begeht, obschon der zweite Absatz des §. 5 St. G. persönliche Verhältnisse des einen Thäters oder Mitschuldigen für die übrigen als Entschuldigungsgründe nicht gelten lässt und schon von diesem Gesichtspunkte aus eine

Digitized by Google

verschiedene Behandlung einzelner Mitschuldiger zulässig erscheint."

„*In concreto* ist aber nicht ausseracht zu lassen, dass Michael K. das schuldbare Thun aller drei Hauptthäter hervorgerufen, darum auch den *dolus* aller drei Mitangeklagten und den gesammten, aus ihrer Thätigkeit entsprungenen strafrechtlich relevanten Erfolg zu verantworten hat. Seinem Begriffe nach ist der Anstifter nichts anderes als ein mittelbarer Thäter; er begeht das Verbrechen vermittels eines anderen und muss so beurtheilt werden, wie wenn er als unmittelbarer Thäter jenes Verbrechen selbst begangen hätte, welches auf sein Anstiften in Ausführung seines Auftrages begangen worden ist."

„Nur im Falle eines *excessus mandati* kann er die Haftung für jenen Thattheil des Hauptthäters ablehnen, welchen dieser dem deutlich ausgesprochenen Willen des Anstifters entgegen ausgeführt hat. Von einem beschränkten Auftrage ist jedoch vorliegend keine Rede. Michael K. forderte die Mitangeklagten zur körperlichen Misshandlung des Michael M. auf, und innerhalb der Grenzen dieses ganz allgemein und unbeschränkt ertheilten Mandates haben die Hauptthäter gehandelt. Einer von ihnen oder doch alle drei zusammen haben einen Todtschlag im Sinne des §. 140 St. G. begangen und darum hat er auch einen Todtschlag zu verantworten. Dass der Todtschläger nicht ermittelt werden konnte und deshalb aus subjectiven Gründen — wegen der Unmöglichkeit, ihn der That zu überweisen — milder behandelt werden muss, kann dem Anstifter der Gesammtthat nicht zugute kommen. Dass er an drei Personen seine Aufforderung richtete, erhöht nur die objective Gefährlichkeit der Anstiftung und die Voraussehbarkeit des thatsächlich eingetretenen schweren Erfolges, und unterliegt es keinem Zweifel, dass Nichtigkeitswerber dann Mitschuld am Todtschlage zu verantworten hätte, wenn er nur eine einzige Person zu feindseligem Thun wider Michael M. aufgefordert hätte und aus diesem dessen Tod hervorgegangen wäre, so ist es umso klarer, dass seine anstiftende Thätigkeit nicht milder, sondern strenger zu beurtheilen ist,

Digitized by Google

weil er gegen Michael M. drei Angreifer zugleich aufgeboten hat."

Der Cassationshof ist augenscheinlich durch diese Ausführungen überzeugt worden, da er die Nichtigkeitsbeschwerde des Michael K. zu verwerfen fand und in den Gründen seiner Entscheidung fast wörtlich die Argumente der Generalprocuratur wiederholt werden:

„Der böse Vorsatz des Anstifters muss nicht auch den wirklich eingetretenen Erfolg des Verbrechens bezwecken wollen. Es genügt im allgemeinen, wenn nur der böse Vorsatz auf die Uebelthat als solche gerichtet war. Da nun dem Verbrechen des Todtschlages keineswegs die Absicht zu tödten, sondern nur eine andere feindselige Absicht zugrunde liegen darf, wird sich in jeder vorsätzlichen Thätigkeit eine nach §. 5 St. G. zu beurtheilende Mitschuld darstellen, welche den unmittelbaren Thäter zu jener feindseligen Handlung verleitet, die den Tod eines anderen bewirkt. Mitschuldiger und Thäter müssen dann beide den Erfolg des gemeinsam gewollten Uebels verantworten."

„Schon aus dem zweiten Absatze des §. 5 St. G. ergibt sich im allgemeinen, dass Entschuldigungsgründe, welche den Thäter entlasten mögen, auf den Mitschuldigen nicht ausgedehnt werden müssen."

„In dem vorliegenden Falle hat Michael K. alle drei Thäter zu der Misshandlung des Michael M. angestiftet und ihre gemeinsame Handlung gefördert, er muss daher auch den Gesammterfolg der strafbaren Handlung verantworten. Die Thäter haben einen Todtschlag begangen, welcher nach §. 143 St. G. nur deshalb allein, weil sich nicht bestimmen lässt, wer die tödtliche Verletzung zugefügt habe, also nur wegen dieses, jedem Thäter persönlich, keineswegs aber allen drei Thätern zusammen zustatten kommenden Umstandes, jedem einzelnen Thäter nur als das Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung zugerechnet werden konnte."

„Dies ändert aber nichts an der sachlichen Beschaffenheit der That als einem in feindlicher Absicht verübten Todtschlage, verursacht durch die von Michael K. vorsätzlich eingeleitete, veranlasste und geförderte Misshandlung des Michael M."

Digitized by Google

„Auf Michael K. kann die dem einzelnen Thäter wegen unmöglicher Feststellung, ob die tödtliche Verletzung gerade von ihm zugefügt worden ist, nur für dessen Person zukommende Erleichterung der strafgerichtlichen Sühne nicht ausgedehnt werden."

„Dieser Entlastungsgrund hat mit der Thätigkeit des Anstifters und anderweitiger Mitschuldiger nichts gemein. Wegen derselben Handlung hätte Michael K. die Tödtung des Michael M. unzweifelhaft verantworten müssen, wenn letzterer nur von einem der Angestifteten die tödtliche Verletzung erhalten hätte und wenn dies festgestellt worden wäre. Der Mangel dieser Feststellung kann die Betheiligung des Urhebers nicht minder strafwürdig erscheinen lassen."

In den Ausführungen der Generalprocuratur und des Cassationshofes finde ich die beiden folgenden leitenden Gedanken, die als Ausgangspunkt und Prämissen für die Entscheidung dienen, die einfach eine logische Folgerung derselben ist:

1. Weil die Thäter in feindseliger Absicht gehandelt haben und der Tod eines Menschen infolge ihrer Handlung stattgefunden hat, so haben wir objectiv mit einem Todtschlage zu thun. Der Umstand, dass derjenige, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu entdecken ist, zwingt uns, jedem einzelnen Thäter nur das Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung zuzurechnen. Dieser Umstand kann dem Anstifter keineswegs als Milderungsgrund zugute kommen, da die Thatsache, dass man nicht imstande ist zu bestimmen, wer die tödtliche Verletzung zugefügt habe, als ein solcher Entschuldigungsumstand anzusehen ist, der die höhere Strafbarkeit des Thäters nur infolge persönlicher Verhältnisse desselben aufhebt und zufolge des §. 5, Abs. II Str. Ges. auf die übrigen Mitschuldigen und Theilnehmer und somit auf den Anstifter nicht auszudehnen ist.

2. Der Anstifter hat durch seine Anstiftung die Handlung der Thäter veranlasst, die Thäter durch ihre Handlung haben den Tod des Michael M. verursacht; *causa causae est etiam causa causati*, der Anstifter hat also den Tod des Michael M. sich zuschulden kommen lassen, und weil andererseits ebensogut

Digitized by Google

der Anstiftung wie auch der Handlung der Thäter die feindselige Absicht zugrunde lag, so muss der Anstifter die Mitschuld an der in einer feindseligen Absicht vorgenommenen Tödtung — ergo die Mitschuld an einem Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) verantworten. Eine auf der Lehre vom Causalnexus und von der Causalität basirende Construction.

ad 1. Ist es stichhältig, wenn man die Thatsache, dass derjenige, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen ist, als einen „Entschuldigungsumstand vermöge persönlicher Verhältnisse" betrachtet?

Unter den „Entschuldigungsumständen vermöge persönlicher Verhältnisse" des §. 5, II. Abs. Str. Ges., welche sonst zufolge der Analogie des §. 177 Str. Ges. auch auf die Gründe der Strafminderung und der Strafmehrung (sogenannte Milderungs- und erschwerende Umstände, vgl. §. 46 ff., §. 43 ff. Str. Ges.) auszudehnen sind, sind einfach die sogenannten subjectiv persönlichen Verhältnisse zu verstehen[4]), d. h. diejenigen, die den objectiven Charakter der That nicht ändern, und deren strafrechtliche Bedeutung blos in der Individualität der betreffenden Person besteht; es gehören hier die Mutterschaft bei dem Kindesmorde (§. 139 Str. Ges.), der Rückfall (§. 176, IIa Str. Ges.), Gewohnheitsmässigkeit (§. 176, I Str. Ges.), Minderjährigkeit u. s. w.[5])

Diese Verhältnisse charakterisiren die betreffende Person entweder in Bezug auf ihre Familienverhältnisse oder auf ihr Alter oder das bisherige tadelhafte oder untadelhafte Verhalten, sie begründen also schlechthin einen Theil ihrer Generalien.

A. veranlasst B., eine Wurst im Werthe von 50 kr. aus einem offenen Laden zu stehlen. B. ist ein Gewohnheitsdieb, es macht sich also A. der Theilnahme an der Uebertretung des Diebstahls (§§. 5, 460 Str. Ges.) schuldig, und B. des Verbrechens des Diebstahls (§§. 171, 176, I Str. Ges.), weil der Umstand, dass B. ein Gewohnheitsdieb ist, ein charakteristisches Merkmal der Persönlichkeit des B. *ad personam*, nicht aber der That bildet.

---

[4]) Finger, I, 209.

[5]) Herbst bei §. 5, Jauka, 156 ff.; Finger, ib.

Digitized by Google

Fassen wir jetzt unseren concreten Fall ins Auge:

Georg H., Andreas W. und Josef W. greifen den Michael M. an und misshandeln ihn — während der Schlägerei versetzt einer von den Angreifern ihm einen tödtlichen Hieb, es ist nicht zu bestimmen, wer unter den drei Mitschuldigen ihm diesen beigebracht hat; möglich, dass sie selbst keine Ahnung davon haben, da sie in der Hitze des Gefechtes das Bewusstsein der einzelnen Bewegungen verloren und, wie es oft bei solchen Anlässen vorkommt, aufs Gerathewohl geschlagen haben.

Die Voruntersuchung ist nicht imstande zu eruiren, wer die tödtliche Verletzung zugefügt hat. Weil ein derartiger Fall bezüglich der Schlägerei keine seltene Erscheinung ist, hat schon das Strafgesetz vom Jahre 1803 im §. 126 einen dem Josefinischen Strafgesetzbuche und eigentlich auch dem Strafgesetze vom Jahre 1796 (vgl. §. 123) unbekannten Grundsatz aufgenommen, dass, wenn der Tod eines Menschen in einer unter mehreren Leuten entstandenen Schlägerei stattfindet, und wenn es sich nicht bestimmen lässt, wer die tödtliche Wunde versetzt habe, zwar keiner des Todtschlages, aber alle, welche an den Getödteten Hand angelegt haben, der schweren Verwundung schuldig zu erkennen sind. Das Strafgesetz vom Jahre 1852 hat diese Vorschrift in den §. 143 übernommen. Das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. ist also eigentlich ein *delictum sui generis* — es ist kein Verbrechen des Todtschlages, weil der Todtschläger nicht zu bestimmen ist, es ist kein Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung, weil die Theilnehmer der Schlägerei dieselbe schon aus dem Grunde verantworten müssen, dass sie „Hand angelegt haben", ohne dass sie überwiesen worden sind, auf irgend welche Weise den Beschädigten verletzt zu haben. [6])

Dieses Verbrechen ist eigenartig und selbständig; es heisst ja: „Tödtung bei einer Schlägerei oder bei einer gegen eine

---

[6]) Vgl. Herbst bei §. 143. In dieser nach dem Gesetze ganz unzweifelhaften Folgerung liegt nun allerdings anscheinend eine Anomalie. . . . Und dies dürfte wohl darin seine Rechtfertigung finden, dass bezüglich jedes bei einer Schlägerei oder Misshandlung eingetretenen Erfolges jedem der Betheiligten mindestens ein grobes, durch seine absichtliche Thätigkeit herbeigeführtes Verschulden zur Last fällt. Vgl. Finger, II, 77, der Gesetzgeber wird genöthigt, die Betheiligung am Raufhandel als solche zu einem Verbrechen zu erheben.

Digitized by Google

oder mehrere Personen unternommenen Misshandlung" — Tödtung also und nicht Todtschlag.

Wenn also das Strafgesetz zwischen dem „gemeinen" und „räuberischen" Todtschlage unterscheidet als zwischen zwei verschiedenen *species* desselben *genus*, so ist das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. keine dritte *species* (es hiesse dann „Todtschlag" bei einer Schlägerei), sondern bildet ein *delictum sui generis* „Tödtung" bei einer Schlägerei oder . . . etc.

Dass der §. 143 Str. Ges. ein Verbrechen *sui generis* und nicht eine Art des Todtschlages enthält, darauf weist das Verhältniss des Kindesmordes nach §. 139 Str. Ges., zum Morde schlechthin nach §. 134 Str. Ges. Auch in diesem Falle bespricht das Strafgesetz die Frage des Kindesmordes in einem selbstständigen Paragraphen ähnlich wie bezüglich des Todtschlages bei einer Schlägerei im §. 143 Str. Ges., aber was für ein principieller Unterschied!

a) Schon die Benennung „Kindesmord" allein deutet darauf hin, dass es sich im betreffenden Paragraphen um eine Art des Mordes handelt und nicht um ein eigenartiges Verbrechen. (Vgl. §. 135, Arten des Mordes: Meuchelmord, Raubmord, der bestellte Mord, der gemeine Mord; es gehören hieher auch, obgleich im §. 135 nicht erwähnt: der Verwandtenmord und der Gattenmord nach §§. 137 und 138 Str. Ges.[7])

b) Die Marginalrubrik zu §. 139 Str. Ges. lautet: Strafe des Kindesmordes und nicht Kindesmord und aus dieser Bezeichnung geht ausdrücklich hervor, dass §. 139 Str. Ges. nicht ein eigenartiges Delict, sondern eine durch die Mutterschaft der Thäterin bedingte reducirte Strafe enthält[8]); ebenso, wollen wir hervorheben, bespricht das Gesetz im §. 141 die Strafe des räuberischen Todtschlages, im §. 142 die Strafe des gemeinen Todtschlages, aber dafür im §. 143 finden wir die Wendung: Tödtung bei einer Schlägerei und schon nicht mehr Strafe des Todtschlages bei einer Schlägerei.

---

[7]) Vgl. bei Finger (II, 10 ff.) qualificirte Arten des Mordes und privilegirte Art des Mordes.

[8]) Deswegen ist der folgende Grundsatz des Cassationshofes als vollkommen begründet anzusehen: Die Mitschuld der Mutter an der bei der Geburt erfolgten Ermordung ihres unehelichen Kindes ist im Sinne des §. 5 und §. 134 nach §. 139 Str. Ges. zu strafen. (Entsch. vom 19. März 1880, Z. 694, Sg. Nr. 242.)

Digitized by Google

Wenn wir also annehmen müssen, dass das Verbrechen der Tödtung in einer Schlägerei nach §. 143 Str. Ges. ein *delictum sui generis* bildet[9]), so können wir keineswegs verstehen, wie es dazu kommt, dass der Umstand, dass derjenige, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen sei, die Rolle eines solchen subjectiv persönlichen Verhältnisses spielen darf, das ausschliesslich zum Vortheile der Theilnehmer an der Schlägerei und nicht anderer Mitschuldiger, wie z. B. des Anstifters, zu dienen hat.

Der Versuch, eine Analogie des Verhältnisses des §. 139 zu §. 134 Str. Ges. zu bilden, ist zu sichtbar. Die Hebamme, welche bei der Geburt die Mutter zur Erwürgung des Kindes anstiftet, ist der Mitschuld an dem Verbrechen des Mordes schuldig (§§. 5, 134 Str. Ges.), obgleich die Mutter nur den Kindesmord (§. 139) begangen hat, weil die Mutterschaft ein solches subjectiv persönliches Verhältniss ist, das die Schuld der Mutter, aber keineswegs die der Hebamme mildern kann. In unserem Falle der Tödtung bei einer Schlägerei haben wir jedoch weder eine selbständige Strafe, noch specielle Milderungsgründe, es ist nur ein eigenartiges Verbrechen, ganz so wie die Verleitung zum Missbrauche der Amtsgewalt nicht die Mitschuld am Verbrechen nach §. 101 Str. Ges., sondern ein *delictum sui generis* nach §. 105 Str. Ges. bildet.

Ist die Tödtung bei einer Schlägerei ein *delictum sui generis*, so bildet die Anstiftung zu derselben nichts anderes als die Theilnahme an diesem eigenartigen Verbrechen, — die Anstiftung zur Tödtung in einer Schlägerei ist also kein Verbrechen der Mitschuld am Todtschlage nach §§. 5, 140 Str. Ges., sondern das Verbrechen der Mitschuld an der Tödtung bei einer Schlägerei nach §§. 5, 143 Str. Ges.[10])

---

[9]) Auf diesem Standpunkte stehen Jauka (221) und Finger (II, 76 ff.), welche den §. 143 im Zusammenhang mit §. 157 (ohne Rücksichtnahme auf den Todtschlag) im Abschnitte „der Raufhandel" besprechen.

[10]) Anderer Meinung Herbst bei §. 143. „Der §. 143 spricht nur von Bestrafung derjenigen, welche als unmittelbare Thäter erscheinen . . . . von den Mitschuldigen überhaupt und namentlich den bei Schlägereien und Misshandlungen häufig vorkommenden Anstiftern wird hier nicht gehandelt" (weil das aus Rücksicht auf die allgemeine Vorschrift des §. 5 Str. Ges. gar nicht nöthig ist), „ihre Strafbarkeit muss daher (?!) nach den allgemeinen Grundsätzen über die Mitschuld am Todtschlage (?) . . . . beurtheilt werden."

Digitized by Google

Nehmen wir jedoch momentan an, das Verbrechen der Tödtung in einer Schlägerei sei kein *delictum sui generis*, sondern blos eine Art des Todtschlages in gleicher Linie mit dem räuberischen Todtschlage, kurz es sei ein Todtschlag; kann selbst in diesem Falle jener Umstand, dass derjenige, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, als ein persönlich subjectives Verhältniss gelten? Ich glaube kaum. Gibt diese Thatsache ein charakteristisches Merkmal dem Thäter als solchem, betrifft sie seine Individualität? Das ist ja kein Zustand, der vor der Vollbringung des Verbrechens oder während derselben stattgefunden hat; er findet statt erst nach der Vollbringung des Verbrechens, er charakterisirt nicht den Thäter, sondern höchstens die demselben nachforschenden Behörden.

Nehmen wir selbst an, dass es der Thäter nur seinem eigenen Scharfsinn zu danken hat, dass man sein Verschulden nicht erfährt, so steht wiederum dieses charakteristische Merkmal des Thäters in keinem Zusammenhang mit dem Verbrechen.

Es erscheint uns also die These unmöglich, dass der Umstand, es sei nicht zu bestimmen, wer von den Angreifern die tödtliche Wunde zugefügt habe, als ein subjectiv persönliches Verhältniss anzusehen ist, das die Schuld der Thäter mildert und ohne jeden Einfluss auf die Beurtheilung der Schuld der Mitschuldigen, insbesondere des Anstifters bleibt, dass infolgedessen die Thäter das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. und der Anstifter die Mitschuld am Todtschlage nach §. 5 und §. 140 Str. Ges. verantworten sollen, weil:

α) das Verbrechen der Tödtung in einer Schlägerei nach §. 143 Str. Ges. ein *delictum sui generis* bildet und die Theilnahme an derselben Mitschuld an diesem Verbrechen (§§. 5, 143) und nicht Mitschuld an einem anderen Verbrechen (wie z. B. §§. 5, 140 Str. Ges.) bildet;

β) der Umstand, dass derjenige, der die tödtliche Verletzung zugefügt habe, nicht zu bestimmen sei, prägt kein charakteristisches Merkmal der Individualität der Thäter auf, sondern bezeichnet blos einen Umstand, der schon nach der Vollbringung der strafbaren Handlung stattge-

Digitized by Google

funden hat und in keinem Zusammenhange mit dem Verbrechen selbst steht.

ad 2. Der Anstifter dreier Personen, von welchen eine, es ist nicht bekannt welche, die tödtliche Verletzung zugefügt hat, soll die Anstiftung zu dem Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) verantworten, obgleich diese drei Personen ein eigenartiges mit der schweren körperlichen Beschädigung (§. 143) correspondirendes Verbrechen zu verantworten haben und nämlich deswegen, weil, hätte der Anstifter ihre Handlung nicht veranlasst, der Tod des Angegriffenen nicht erfolgt wäre; es besteht also zwischen der Anstiftung und dem Tode des Beschädigten ein Causalnexus.

Um den Werth dieser Beweisführung kennen zu lernen, müssen wir den anderen im §. 143 Str. Ges. enthaltenen Fall in's Auge fassen, diesen Fall nämlich, wo der Tod durch alle Verletzungen oder Misshandlungen zusammen veranlasst worden ist, und nicht infolge eines einzigen tödtlichen Schlages eintritt. A verleitet B, C, D zur feindseligen Handlung gegen E, und wirklich B, C, D greifen den E an und versetzen ihm mehrere Schläge. E stirbt infolge dieser Misshandlung, die Aerzte sind nicht imstande, eine tödtliche Verletzung festzustellen, sind aber der Ansicht, dass der eingetroffene Erfolg der Tödtung ein Product der Wirksamkeit aller Thäter, ein Resultat sämmtlicher Verletzungen ist. Der oben angeführten Argumentation des Cassationshofes zufolge müssen wir selbst in diesem Falle annehmen, dass A der Theilnahme am Todtschlage (§§. 5, 140), B, C, D blos der schweren körperlichen Beschädigung (§. 143) schuldig erkannt werden dürfen.[11])

Hätten B, C, D im geistigen Contact mit einander gehandelt und wäre der Tod eines Menschen die Folge ihrer Handlungen, so sollte eigentlich (in der Regel) den Grundsätzen der Lehre von der Theilnahme an Verbrechen zufolge, ein jeder

[11]) Es zieht diese Schlussfolgerung Herbst bei §. 143 Str. Ges.: „So ist derjenige, der mehrere zur Misshandlung, bei welcher der Misshandelte getödtet wurde, angestiftet hat, gewiss ebenso des Todtschlages mitschuldig, wie wenn er Eine Person zur Unternehmung der den Tod herbeiführenden Misshandlung angestiftet hätte, und es kann in Beziehung auf ihn keinen Unterschied machen, wenn der Tod auch nur durch alle Verletzungen oder Misshandlungen zusammen verursacht worden, oder wenn sich auch nicht bestimmen lässt, wer die tödtliche Verletzung zugefügt habe.

Digitized by Google

von den Thätern die Theilnahme am Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) verantworten.

Der §. 143 Str. Ges. bildet jedoch nach der Auslegung des Cassationshofes und des Herbst'schen Commentars eine Ausnahme, so dass trotz aller Merkmale des Todtschlages, trotz Uebereinkunft der Thäter untereinander dieselben nur für die schwere körperliche Beschädigung nach §. 143 Str. Ges. Strafe zu erleiden haben.

Wir haben vorläufig keinen Grund, dieser Auslegung uns zu widersetzen, wir beschränken uns darauf, die Frage aufzuwerfen, wie kommt es, dass der Anstifter, mit dem (selbstverständlich) die Thäter B. C, D auch im geistigen Contacte gestanden sind, und welcher diesen vom moralischen Standpunkte aus überlegen ist, da er an der strafbaren Handlung keinen physischen Antheil genommen hat, strenger als diese, selbst für ein anderes schwerer verpöntes Verbrechen bestraft werden soll?

Es ist wahr, dass der Anstifter als ein *spiritus movens* aufgetreten ist, wir wollen auch zugestehen, dass das Strafgesetz im §. 44 *c)* die Anstiftung unter den besonderen Erschwerungsumständen aufzählt, aber wir können trotzdem die Schlussfolgerung nicht begründen, warum der Anstifter ein anderes Verbrechen als die Thäter verantworten soll, oder (wenn wir annehmen, dass das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. nur eine Eigenart des Todtschlages ist) warum derselbe nach einem weit strengeren Strafausmasse (5—10 Jahre schweren Kerkers anstatt 1—5 Jahre schweren Kerkers) bestraft werden soll, wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich anordnet (dieser Differenzirung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Anstifters im Verhältnisse zu der der Thäter begegnen wir selbst bei dem Verbrechen des Hochverrathes, §. 59*b*, nicht).

Hat B die Wunde x, C die Wunde y, D die Wunde z zugefügt, ist der Gesammterfolg dieser Wunden der Tod eines Menschen ($x + y + z = m$), haben B, C, D im geistigen Contacte gehandelt, so verantworten sie alle gleichmässig das Resultat m; hat A sie zu dieser Handlung verleitet, so ist er mitschuldig, m herbeigeführt zu haben, und da die Herbeiführung des m unter diesen Bedingungen sich als das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. darstellt, so muss der Anstifter

Digitized by Google

die Mitschuld am Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. verantworten, beziehungsweise nach §. 143 Str. Ges. bestraft werden.

An jenes subjectiv persönliche Verhältniss, das die Schuld der Thäter mildert und ohne Einfluss auf die Strafbarkeit des Anstifters bleibt, ist in dem jetzigen Falle gar nicht zu denken. Nehmen wir *per inconcessum* an, dass jener Umstand, derjenige der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu ermitteln sei, wirklich ein subjectiv-persönliches Verhältniss ist, so findet dieser Umstand im jetzigen Falle nicht statt. Die Thatsache, dass drei Menschen mit derselben feindseligen Absicht nach Uebereinkunft gehandelt haben, kann, glaube ich, als ein solches Verhältniss und ein Milderungsgrund nicht gelten, da im entgegengesetzten Falle diese Regel bei anderen Delicten uns zu merkwürdigen Folgerungen führen müsste: es wäre dann viel vorsichtiger, anstatt allein zu stehlen, mit anderen übereinzukommen und zusammen einen Diebstahl zu begehen, anstatt allein 30 fl. zu nehmen (§. 173), mit zwei anderen je 10 fl. sich anzueignen — und es bildet doch die Gesellschaft eben bei dem Diebstahle die verbrecherische Qualification (§. 174, II*b*).

Da also von einem subjectiv persönlichen Verhältnisse keine Rede sein kann, kehren wir zu dem Causalnexus zurück.

Besteht zwischen der Thätigkeit eines jeden der Thäter und dem Tode des E ein Causalnexus?

Die Antwort auf diese Frage hängt von der Beantwortung einer anderen Frage ab, nämlich, ob und wann der Causalnexus, der zwischen der Thätigkeit eines Menschen und dem Tode eines anderen besteht, durch das Eingreifen einer dritten Person unterbrochen werden kann?

Communis opinio ist damit einverstanden, dass der Causalnexus durch die Thätigkeit einer dritten Person nur dann unterbrochen werden kann, wenn diese letztere ganz selbständig und von der Handlung des Thäters isolirt bleibt; das betrifft jedoch die Mitthäter nicht. im Gegentheil, das, was ein jeder von ihnen in dem gemeinschaftlichen Zwecke beiträgt, bildet eine „Mitursache". [12]) Wenn also B, C, D Mitthäter sind, weil sie im geistigen Contacte. gleichwerthig handeln, so wird der

[12]) H. Meyer, IV, S. 237 ff.; Finger, I, 157.

Digitized by Google

Causalnexus, der zwischen dem Verhalten eines jeden und dem Tode des Angegriffenen besteht, durch die Thätigkeit der anderen nicht unterbrochen. Es ist also ersichtlich, dass der Causalnexus ebensogut zwischen der Anstiftung des A und dem Tode des E einerseits, wie der Thätigkeit des B, C, D und dem Tode des E andererseits besteht. Die Thatsache, dass B nur eine leichte Verletzung x, C eine leichte Verletzung y und D eine leichte Beschädigung z sich zuschulden kommen liess, ändert an der Sachlage angesichts des Uebereinkommens der Mitthäter nichts, so dass wir den Gesammterfolg m ebenso gut dem Anstifter A wie den Mitthätern B, C, D zurechnen müssen.

Was könnte uns also veranlassen, die Schuld des A anders als die des B, C, D zu behandeln?!

Berücksichtigen wir jetzt denjenigen Fall, der zum Angelpunkt unserer Ausführungen geworden ist.

Schon aus dem Wortlaute der oberstgerichtlichen Entscheidung folgt, dass die Thäter Andreas W., Georg H. und Josef W. im vollkommenen geistigen Contacte gehandelt haben[13]), dass sie also Mitthäter waren und deswegen der Lehre von der Theilnahme an Verbrechen und dem §. 5 Str. Ges. zufolge alle den ganzen Erfolg verantworten müssen, ohne Rücksicht darauf, ob einer eine intensivere Thätigkeit als die anderen entfaltet[14]), ohne Rücksicht also, ob einer die tödtliche und ob ein anderer die leichte Verwundung zugefügt hat, es müssen also alle eine

[13]) „Ueber Aufforderung des Michael K. misshandelten Georg H., Andreas W. und Josef W. den Michael M. (S. 175). Es mag dahingestellt bleiben, ob gegebenen Falles bei Bestand einer verabredeten Verbindung nicht auch jeder der unmittelbaren Thäter den vollen Erfolg des verabredeten Angriffes zu verantworten hat und darum ebenfalls der Mitschuld am Todtschlage schuldig zu erkennen wäre" (S. 197).

[14]) Alle Thäter erscheinen als Ausführungsorgane des einen ihnen gemeinschaftlichen Entschlusses, und es ist für die Verantwortlichkeit gleichgiltig, ob etwa der eine Thäter eine intensivere Thätigkeit entfaltet hat als die anderen (Plenar. Entsch. Nr. 1257; vgl. auch Finger, I, 197). Mitthäter verantworten für den ganzen aus ihrer gemeinsamen Thätigkeit hervorgegangenen Erfolg, zumal mit diesem Erfolge die Thätigkeit eines jeden einzelnen Genossen im ursächlichen Zusammenhange steht und nach der Natur der Sache überdies jeder Mitthäter nicht blos einer der Urheber der Gesammtthat, sondern zugleich an den auf dieselbe gerichteten Einzelhandlungen der Genossen mitschuldig ist (E. 13. October 1875, Z. 5526; vgl. E. 3. Februar 1880, Z. 13.612, Sg. Nr. 227).

Digitized by Google

in feindseliger Absicht begangene Tödtung eines Menschen verantworten.

Die Schuld der Mitthäter muss in diesem Falle gleichmässig und identisch sein, so wie es bei einem Einbruchsdiebstahle keinen Unterschied macht, dass einer der Mitthäter in einem Wertheimschen Cassenschranke die Oeffnung gemacht, ein anderer dieselbe vergrössert und ein dritter das Geld herausgenommen hat.

Wenn also die Mitthäter, die den Tod des E herbeigeführt, in verabredeter Verbindung gehandelt haben, so ist es schon nicht mehr unsere Pflicht zu prüfen und auszuforschen, welcher von denselben die tödtliche Verletzung und wer eine leichte körperliche Beschädigung zugefügt hat, weil ihre Schuld dadurch nicht bedingt ist und grössere oder kleinere thätige Theilnahme höchstens einen erschwerenden oder Milderungsumstand bilden kann.

Wenn aber alle Thäter den ganzen Erfolg zu verantworten haben, so bleibt die Thätigkeit eines jeden von ihnen zu diesem in demselben Verhältnisse wie die Anstiftung, sie ist ebenso causal, wir haben also keinen Grund, den Causalnexus anzurufen und dem Anstifter den Gesammterfolg in die Schuhe zu schieben, wenn wir die Thäter nur für den Erfolg der Thätigkeit eines jeden von ihnen strafen wollten.

Es folgt daraus, wie grundlos und ohne Bedeutung jene Construction des subjectiv persönlichen Verhältnisses ist, das darin bestehen soll, dass man den Auctor der tödtlichen Verwundung zu bestimmen nicht imstande ist: haben die Thäter nach Uebereinkunft gehandelt, so ist diese Thatsache ganz gleichgiltig, denn so wie so haben sie sich das Ganze zu schulden kommen lassen.

Es ist aber noch die Frage, ob diejenigen, welche durch eine in feindseliger Absicht unternommene Handlung den Tod eines Menschen herbeigeführt haben, nicht einfach des Todtschlages (§. 140) sich schuldig gemacht haben, und ob das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. die vorhergehende Uebereinkunft nicht ausschliesst, kurz ob die betreffende Auslegung des §. 143 Str. Ges. seitens des Cassationshofes und des Herbst'schen Commentars stichhaltig ist?

Wenn wir berücksichtigen, dass eine in verabredeter Verbindung und in feindseliger Absicht gegen jemanden von mehreren

Digitized by Google

unternommene Handlung, deren Folge der Tod desselben ist, alle Merkmale der Mitschuld an dem Verbrechen des Todschlages (§§. 5, 140 Str. Ges.) an sich trägt, so können wir den §. 143 Str. Ges. nicht anders verstehen, als dass die Theilnehmer der Schlägerei ohne Verabredung gehandelt haben. Es sind hier drei Eventualitäten möglich: *a)* es wurde ermittelt, wer die tödtliche Verletzung zugefügt hat, er ist allein (nicht auch andere) für den Todtschlag verantwortlich; *b)* es ist nicht zu bestimmen, wer die tödtliche Verletzung zugefügt hat; *c)* es hat niemand dieselbe zugefügt, der Tod ist durch alle Verletzungen und Misshandlungen zusammen verursacht worden; in diesen beiden Fällen *(b, c)* verantworten alle die schwere körperliche Beschädigung. Wollten wir die vorhergehende Uebereinkunft der Missethäter annehmen und trotzdem den §. 143 und nicht die §§. 5, 140 St. G. anwenden, so würden wir *ipso facto* einmal für immer die Mitschuld am Todtschlage ausschliessen, da ein jeder gemeinschaftlich vollbrachter Todtschlag unter den Begriff „einer gegen eine oder mehrere Personen unternommenen Misshandlung" fällt, und dazu, bei irgend einem Verbrechen die Anwendung des §. 5 Str. Ges. auszuschliessen, sind wir doch gar nicht berechtigt, da nach der Rechtsprechung des Cassationshofes selbst culpose Delicte die Mitschuld zulassen.[15]) Deswegen wollen wir behaupten: die des Verbrechens nach §. 143 Str. Ges. Schuldigen handeln ohne Verabredung.[16])

[15]) Vgl. Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 24. Juli 1886, Z. 5917 u. a.

[16]) Sehr richtig Finger, II, 78: „Das gemeinsame Vorgehen der mehreren Personen bei einer Schlägerei oder Misshandlung darf nur ein thatsächliches sein; wird das Vorgehen aus einem thatsächlichen ein vereinbartes, dann haftet jeder infolge der getroffenen Vereinbarung gegen die Körperintegrität eines Dritten Vorgehende auch für den Erfolg der Handlungen seiner Genossen." Andere Meinung vertritt Herbst mit folgender Beweisführung: „weil sonst die gelinderen Strafbestimmungen dieses Paragraphen kaum je zur Anwendung kämen, indem namentlich die von Mehreren gegen Eine oder mehrere Personen gemeinschaftlich unternommene Misshandlung sich wohl regelmässig auf eine vorangegangene Verabredung gründen wird." Diese Beweisführung entbehrt der richtigen Auffassung der *ratio legis* des §. 143. Das Gesetz zielt hier auf jene zufällige Dorfschenken- und Kirchmessenraufereien ab, bei welchen das Bedürfniss, der Lebensenergie freie Luft zu machen, jeden anderen Impuls vertritt, bei denen wenig darauf ankommt, wer, wen und aus welchem Anlasse schlägt, bei welchen

Digitized by Google

Dieser Standpunkt ist für die Aufrechthaltung der Entscheidung des Cassationshofes und insbesondere dieses Theiles, der den Causalnexus behandelt, viel günstiger als die bisherige Praxis und Rechtsprechung. Denn in diesem Falle verantwortet ein jeder von den Thätern theoretisch nur die durch ihn zugefügte Verwundung, B also ist verantwortlich für x, C für y, D für z, weil ein jeder von ihnen nur diese, nicht eine andere Beschädigung sich zu schulden kommen liess, das Ganze kann ihm nicht angerechnet werden, es hat doch ein jeder auf eigene Faust gehandelt.

Der Anstifter hat dagegen an jeder dieser Verletzungen seinen Antheil genommen; er hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung veranlasst, er hat also auch die Wunden x, y, z verursacht, es wäre also nur eine logische Schlussfolgerung, wenn $x + y + z = m$ (Tod) ist, so ist A, dem Anstifter der Tod eines Menschen zuzurechnen, und weil A in einer feindseligen Absicht gehandelt hat, so ist er für die Mitschuld am Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) zu bestrafen, obgleich B, C, D nur das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. begangen haben. Auf diese Weise könnte bewiesen werden, dass die Ansicht des Cassationshofes, nach welcher der Anstifter der Mitschuld am Todtschlage, die Thäter des Verbrechens nach §. 143 Str. Ges. schuldig erkannt werden können, vollkommen begründet ist. Wir machen jedoch darauf aufmerksam, dass diese Schlussfolgerung auf der Prämisse basirt, das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. schliesse jeden geistigen Contact unter den Mitthätern aus.

Diese Schlussfolgerung ist jedoch leider nur scheinbar begründet, da die obangeführte Argumentation den Principien der Lehre von der Theilnahme an Verbrechen trotzt, besonders was die Anstiftung betrifft. Die Anstiftung ist das Bewirken eines bestimmten verbrecherischen Erfolges vermittelst einer verantwortlichen Thätigkeit einer anderen Person. Der gegebene Erfolg ist ein psychisches Kind des Anstifters und ein Resultat des physischen und psychischen Kraftaufwandes des Thäters. Der Gesammterfolg, aber nur der Erfolg, den der Thäter durch seine Handlung herbeigeführt hat, ist dem Anstifter zuzurechnen.

---

das Handgemenge ein Werk einer Secunde ist und nur der Zufall die Rollen vertheilt.

Digitized by Google

Wenn A drei verschiedene Personen zur Veranlassung drei verschiedener Erfolge angestiftet hat, so muss er jeden von ihnen separat verantworten, wenn also A den B angestiftet hat, er soll einem E zwei Flaschen eines alten Weines zu 5 fl., den C, er soll demselben E einen Ueberrock im Werthe von 15 fl. und endlich D, er soll immer demselben E eine Lampe im Werthe von 10 fl. stehlen, so werden B, C, D (welche von einander nichts wissen) ein jeder die Uebertretung des Diebstahls nach §. 460 Str. Ges. begehen, und A macht sich in Bezug auf B der Mitschuld an der Uebertretung des Diebstahls (§§. 5, 460) schuldig, ebenso in Bezug auf C, nicht anders in Bezug auf D, kurz, er wird dreimal die Mitschuld an der Uebertretung des Diebstahls zu verantworten haben. Es wäre vollkommen verfehlt, wenn wir in Betreff des A die Vorschrift des §. 173 Str. Ges. und den Ministerialerlass vom 5. Mai 1853, Z. 6096 (Hye'sche Sammlung Nr. 1582), der die Zusammenrechnung der entwendeten Beträge, bezw. Werthe, um die verbrecherische Qualification zu erlangen, anordnet, anwenden wollten, weil dieselben nur dann ihre Geltung haben könnten, wenn die Thäter B, C, D nach vorhergehender Uebereinkunft gehandelt hätten, wenn sie sich also des Verbrechens nach §§. 171, 173 Str. Ges. schuldig gemacht hätten.

Nicht anders verhält sich die Sache in unserem Falle (§. 143 Str. Ges.). A hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung gegen E angestiftet, aber einen jeden für sich. B hat die Wunde x, C y, D z zugefügt, eine jede von diesen Wunden bildet nur eine leichte körperliche Beschädigung und deswegen sollten B, C, D eigentlich nur für die Uebertretung nach §. 411 Str. Ges. bestraft werden. Weil sie jedoch an einer Schlägerei theilgenommen haben, und weil sie diese Verletzungen also unter besonders gefährlichen Umständen dem E versetzt haben, weil infolge ihrer Thätigkeit der Tod des E stattgefunden hat, weil eine leichte körperliche Beschädigung unter diesen Bedingungen zu einem Verbrechen und nämlich nach §. 143 Str. Ges. wird, so muss ein jeder von den Thätern, also B, C, D das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. verantworten. A (dem Anstifter) muss die Mitschuld an den x, y, z zugerechnet werden, er muss es auch in den Kauf nehmen, dass die strengere Qualification (infolge der Rauferei) auch auf seine Mitschuld sich beziehen

Digitized by Google

wird, obgleich er nicht voraussetzen konnte, dass B, C und D, wenn auch ein jeder auf eigene Hand, aber trotzdem gleichzeitig („bei einer gegen eine Person unternommenen Misshandlung") den E angreifen werden, er wird also jedenfalls dreimal die Mitschuld am Verbrechen nach §. 143 (§§. 5, 143 Str. Ges.) verantworten müssen.

Der Cassationshof würde selbstverständlich lieber anders den ganzen Fall beleuchten, die Fragestellung würde folgendermassen lauten:

A hat B, C, D zu einer feindseligen Handlung gegen E verleitet, B hat die Wunde x, C die Wunde y, D die Wunde z veranlasst, die Verletzungen x, y, z haben zusammengenommen den Tod des E verursacht, $x + y + z = m$. A muss also diesen Tod verantworten. Wären B, C, D keine verantwortlich handelnden Menschen, sondern, nehmen wir an, Thiere, hätte A drei Hunde auf E gehetzt, hätten dieselben drei leichte Verletzungen dem E zugefügt, wäre E daran gestorben, so würde A gewiss zweifelsohne für diesen Tod zur Rechnung gezogen werden müssen; dieser Umstand jedoch, dass B, C, D verantwortlich handelnde Menschen sind, gibt dem Causalzusammenhang eine andere Form und eine andere Richtung. A verantwortet keine eigene That, weil B, C, D keine willenlosen Werkzeuge in seiner Hand sind, kein passives Material, keine unrechnungsfähigen Wesen, die apathisch die ihnen gegebenen Anordnungen befolgen, B, C, D sind verantwortliche Thäter, A ist an einer fremden Handlung, bezw. an drei fremden Handlungen mitschuldig geworden.

Weder B, noch C, noch D haben jeder für sich allein durch eigene Handlung den Tod des E verursacht.

B hat die Wunde x zugefügt, wäre dazu die Wunde y und z nicht beigetreten, so würde der Tod (m) nicht erfolgen. Eine verantwortliche und isolirte Handlung eines Menschen kann niemals der Verletzung x gegenüber die Bedeutung der „zufällig hinzugekommenen Zwischenursachen, insofern diese letzteren durch die Handlung selbst veranlasst waren", welche der für die Lehre von dem Causalzusammenhang so principielle §. 134 Str. Ges. erwähnt, haben, sie kann in unserem Falle diese Bedeutung desto weniger haben, weil die Thätigkeit des C, D nicht durch B veranlasst wurde, sondern

Digitized by Google

ganz selbständig neben der Thätigkeit des B sich entfaltet hat.

Wollten wir dem Anstifter A die Schuld, den Tod des E herbeigeführt zu haben, zurechnen, wollten wir ihn für die Mitschuld am Todtschlage bestrafen, anstatt ihn nur für die Mitschuld an jenen drei selbständigen Verletzungen, die unter die Vorschrift des §. 143 Str. Ges. fallen, verantwortlich zu machen, so würden wir den Grundprincipien der Lehre von der Theilnahme an den Verbrechen untreu, so würden wir besonders an jenem Grundsatze rütteln, nach welchem der Anstifter nur die Mitschuld an einem fremden Verbrechen zu verantworten hat, nach welchem seine Schuld nur eine accessorische Schuldform bietet. [17])

Es kann sein, dass der Standpunkt, nach welchem die Schuld des Anstifters von der der Thäter unabhängig ist, ein moderner und *de lege ferenda* begründeter ist, es kann selbst im gegebenen Falle die Bestrafung der Thäter für die Mitschuld am Verbrechen nach §. 143 und des Anstifters für die Mitschuld am Verbrechen des Todtschlages (§. 140) als ein classisches Beispiel der praktischen Anwendung jener modernen criminalistischen Doctrin dienen, welche die ganze Lehre von der Theilnahme an Verbrechen über den Haufen zu werfen verlangt, welche die Schuld eines jeden der Theilnehmer selbstständig prüfen und beurtheilen will, welche den Anstifter für ein eigenes Verbrechen zu strafen angezeigt findet. [18])

De lege ferenda steht es frei, diesem Standpunkte Beifall zu spenden, *de lege lata* bleibt die Anstiftung nur eine Form der Mitschuld an fremdem Verbrechen und würde jemand drei verschiedene Personen zu drei verschiedenen Verbrechen ange-

[17]) „Die Strafbarkeit des Anstifters wird solcher Art abhängig vom Verhalten des Angestifteten: dies soll hervorgehoben werden, wenn die Anstiftung eine accessorische Schuldform genannt wird" (Finger, I, 200). Die Ausnahme des §. 9 hat hier keine Geltung.

[18]) Jede vorsätzliche Anstiftung zur Begehung einer strafbaren That, sei diese Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung, dolos oder fahrlässig und jede vorsätzliche Beihilfe zu einer strafbaren That bildet ein selbständiges Verbrechen (Dr. Alex. Nicoladoni, Der Einfluss der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Theilnahme. Mittheilungen der I. K. V., V, 347; vgl. auch die Ausführungen des Dr. B. Getz, ib., 348.

Digitized by Google

stiftet haben, so würde er für drei verschiedene Erfolge ihrer Thätigkeit verantwortlich und niemals für die Summe dieser Erfolge, welche sonst zusammengenommen eine weit höhere Verantwortlichkeit und Strafbarkeit begründen könnten, als wenn sie ein einziger Thäter oder mehrere nach Uebereinkunft Handelnde hervorgerufen hätten.

Treten wir jetzt jenem Falle näher, der der Entscheidung des Cassationshofes zugrunde liegt. Michael K. hat Georg H., Andreas W. und Josef W. zu einer feindseligen Handlung gegen Michael M. angestiftet. Nehmen wir an, sie haben nicht in verabredeter Verbindung gehandelt, denn im entgegengesetzten Falle, wie wir gesehen haben, würde einfache Anstiftung zu dem Verbrechen des Todtschlages stattfinden. Einer von den Angreifern hat eine tödtliche Verletzung zugefügt, aber wer, ist unbekannt, es konnte keiner derselben überwiesen werden, es war also anzunehmen, dass alle nur das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. verschuldet haben, kurz, es wurde niemandem der tödtliche Erfolg m, sondern nur jene kleinen Wunden x, y, z selbst auch in unbestimmter Reihenfolge zugerechnet. Es wurde nämlich nur das bewiesen, dass alle drei Thäter Hand angelegt haben, der Antheil eines jeden wurde jedoch nicht festgestellt, es wurde auch nicht bestimmt, wer jene tödtliche Verletzung sich zuschulden kommen liess, *ergo* die Schuld der einzelnen Thäter bewegt sich in hypothetischen Grenzen einer gesetzlichen Präsumption, es wird einem jeden wenigstens die Handanlegung und auch das, was schon folgenschwerer war, leichte oder schwere körperliche Beschädigung zugerechnet, die Verursachung eines tödtlichen Erfolges wird jedoch ausgeschlossen.

Der tödtliche Erfolg hat also keinen *auctor*, weil keiner der Thäter, welche einzig und allein denselben verantworten könnten, denselben herbeigeführt zu haben, überwiesen wurde, ausserhalb dieser drei Angreifer ist aber schon nichts mehr zu suchen — nur einer von ihnen hat Gelegenheit gehabt, den tödtlichen Schlag dem Michael M. zu versetzen.

Wenden wir uns jetzt dem Anstifter zu. Die Schuld des Anstifters ist accessorisch, er verantwortet nur die Theilnahme an der strafbaren Handlung des Thäters; kann der Thäter nicht überwiesen werden, den Erfolg m verursacht zu haben,

Digitized by Google

kann ihm deswegen das betreffende Delict M nicht zugerechnet werden, sondern nur ein anderes, sagen wir m, so hat der Anstifter nur §. 5 m und nicht §. 5 M zu verantworten; hat er drei verschiedene Thäter isolirt angestiftet, so verantwortet er dreimal die Mitschuld an dem Verbrechen m (§. 5 m). So sollte er in unserem Falle, wenn die Thäter ohne Uebereinkunft gehandelt haben, dreimal für die Theilnahme an dem Verbrechen nach §. 143 Str. Ges., also für die reale Concurrenz der drei Verbrechen (§§. 5, 143 Str. Ges.) zur Rechnung gezogen werden.

Der Cassationshof stellt die Frage anders: es ist wahr, dass wir denjenigen, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht bestimmen können, es is auch wahr, dass wir nicht wissen und niemals wissen werden, ob Georg H., Andreas W. oder Josef W. daran Schuld trägt, aber entschieden ist es einer von ihnen; jedenfalls hat der Anstifter denjenigen angestiftet, dessen Handlung zur Ursache des Todes des Michael M. wurde, es hat also der Anstifter dessen Handlung und somit den Tod des Michael M. veranlasst, *ergo* es muss der Anstifter diesen Tod verantworten, und obgleich wir den Todtschläger nicht kennen, beziehungsweise obgleich wir den Verdächtigen von der Schuld, den Todtschlag begangen zu haben, befreien, so muss doch der Anstifter für die Mitschuld am Todtschlage verantwortlich gemacht werden.

Ist das eine vom Standpunkte der Lehre von der Theilnahme an Verbrechen begründete Ansicht?

Ich glaube kaum. Der Anstifter kann in der Regel niemals die Anstiftung zu einem Verbrechen verantworten, das niemandem zugerechnet werden kann. Die Ausnahmen von dieser Regel (die erfolglose Anstiftung nach §. 9 Str. Ges. und das Verbrechen nach §. 105 als *delictum sui generis*) finden im gegebenen Falle keine Anwendung.

Unserer Behauptung könnte man folgendes Beispiel entgegensetzen: A hat B zu einer feindseligen Handlung gegen C angestiftet. Infolge dessen hat B gegen C so gehandelt, dass daraus der Tod dieses letzteren erfolgte. Die zufolge der Tödtung des C. eingeleitete Untersuchung ist nicht imstande, den Thäter zu individualisiren, obgleich durch die Aussagen der Zeugen festgestellt wurde, dass A eine ihnen unbekannte Person zur feindseligen Handlung gegen C veranlasst und dass diese Person

Digitized by Google

das Verbrechen begangen hat. A will den Namen dieser Person nicht angeben.

Trotzdem diese Person individuell nicht bestimmt ist, wird A wegen der Mitschuld am Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) verurtheilt, man könnte daraus schliessen: wenn wir in diesem Falle den Thäter nicht kennen und trotzdem jemanden für die Anstiftung verurtheilen dürfen, so steht nichts im Wege, dasselbe auch in dem anderen Falle zu thun, das heisst, wenn wir genau wissen, dass der Thäter unter drei gegebenen Personen zu suchen ist, ihn aber zu bestimmen nicht imstande sind.

Scheinbar ist dieser Fall mit dem vorher besprochenen vollkommen identisch, und doch, was für ein principieller Unterschied besteht zwischen den beiden!

Im ersteren Falle, den wir angeführt haben, wissen wir ganz genau, dass der Thäter eine Person ist, die wir weder dem Namen, noch dem Vornamen nach kennen, deren Aufenthaltsort uns unbekannt bleibt, könnten wir jedoch ihrer habhaft werden, könnten wir sie den Zeugen vor Augen stellen, so wären wir sogleich imstande, sie zu verurtheilen, weil die Thatsache, dass diese und keine andere Person das Verbrechen begangen hat, zweifellos ist, es ist nur die Individualität derselben vorläufig unbekannt. Es ist dies, sagen wir, ein mythischer Rinaldo, einmal gefangen, muss er nicht nur das letzte, sondern auch alle anderen vorher begangenen Verbrechen abbüssen.

In dem durch den Cassationshof entschiedenen concreten Falle verhält sich die Sache anders. Wir kennen alle drei Personen, von welchen eine der Verbrecher ist, wir wissen genau, dass sie an der Misshandlung des Michael M. theilgenommen haben, wir kennen genau ihre Generalien und dessenungeachtet müssen wir sie von der Schuld, den Michael M. getödtet zu haben, freisprechen — weil keine von ihnen dessen überwiesen werden kann.

Dort haben wir gewusst, dass das Verbrechen durch einen so und so aussehenden Menschen begangen wurde, wir wussten blos nicht, wo er zu suchen ist, hier wissen wir, dass das Verbrechen einem von diesen dreien zur Last fällt, die wir alle in unseren Händen haben, von denen wir jedoch keinen verurtheilen dürfen, da keinem die strafbare Handlung zugerechnet werden darf.

Digitized by Google

Deswegen wird im ersten Falle der Anstifter selbst, ohne auf die Ergreifung des Verbrechers zu warten, verurtheilt, im zweiten wird er von der Mitschuld am Verbrechen, für welches wir keinen der drei Verdächtigen verurtheilen, freigesprochen.

Zusammenfassend, was wir hervorgehoben haben, müssen wir die Entscheidung des Cassationshofes vom 15. Februar 1897, Z. 15.061, Sg. Z. 2047, aus folgenden Gründen als nicht mustergiltig betrachten:

1. der Umstand, dass derjenige unter den Thätern, der die tödtliche Verletzung zugefügt hat, nicht zu bestimmen ist, bildet kein subjectiv persönliches Verhältniss, das den Thätern und nicht dem Anstifter zugute kommen könnte;

2. das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. ist ein *delictum sui generis* und bildet keine Art des Todtschlages, es können also keineswegs die Thäter für das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. und der Anstifter für die Theilnahme am Todtschlage (§§. 5, 140 Str. Ges.) bestraft werden, der Anstifter kann die Theilnahme nur an dem Verbrechen verantworten, dessen die Thäter schuldig erkannt worden sind;

3. wenn wir den Standpunkt der Rechtsprechung des Cassationshofes einnehmen, nach welcher diejenigen, die an einer Schlägerei nach §. 143 Str. Ges. theilgenommen haben, im geistigen Contacte handeln können und trotzdem nicht für das Verbrechen des Todtschlages nach §. 140 Str. Ges., sondern für das Verbrechen nach §. 143 Str. Ges. sich zu verantworten haben, so haben wir keinen Grund, einen entfernteren Theilnehmer — nämlich den Anstifter — für den Todtschlag zu bestrafen. Es ist das augenscheinlich eine exceptionelle Vorschrift des Gesetzes, die auf alle Schuldige Anwendung finden muss;

4. wenn wir im gegebenen Falle annehmen, dass die Thäter nicht in verabredeter Verbindung gehandelt haben, so verantwortet der Anstifter die Mitschuld an dem Verbrechen eines jeden isolirt, also dreimal die Mitschuld am Verbrechen nach §. 143 Str. Ges.;

5. der Causalzusammenhang, der zwischen der Anstiftung und dem Tode des Michael M. besteht, ist im Falle, wenn die Thäter nach Uebereinkunft gehandelt haben, identisch mit dem Causalzusammenhange, der zwischen der Handlung

Digitized by Google

eines jeden der Thäter und dem strafrechtlich relevanten Erfolge stattfindet — es ist also auch die Schuld identisch;

6. der Causalzusammenhang, der zwischen der Anstiftung und dem Tode des Michael M. besteht, wird, wenn die Thäter ohne Uebereinkunft gehandelt haben, durch die isolirte Thätigkeit der einzelnen Thäter unterbrochen.

Aus diesen Gründen finden wir, dass das Urtheil des Cassationshofes mit den Vorschriften des geltenden Strafgesetzes nicht übereinstimmt und nur von dem Standpunkte der modernen Postulate von der gänzlichen Abschaffung der Lehre von der Theilnahme an Verbrechen und von der selbständigen Bestrafung eines jeden der Theilnehmer, ohne Rücksichtnahme auf die anderen, aus, vertheidigt werden könnte. Angesichts des §. 5 Str. Ges. jedoch bleiben diese Postulate — blos eine Zukunftsmusik.

Digitized by Google

VII.

Das Pfandrecht an eigener Sache.

Von

Heinrich Gerland, Strassburg.

Ein Fundamentalsatz der Pfandrechtslehre ist der, dass Pfandrecht durch Confusion erlösche, d. h. durch das Zusammentreffen von Pfandrecht und Eigenthum in einer Hand. Die Frage nun aber, ob ein so oder so geartetes Recht durch Confusion erlischt, kann nie durch eine positive Gesetzesvorschrift geregelt werden. Ihre Beantwortung kann allein aus dem Wesen des Rechtes durch Entwicklung des Begriffes gegeben werden. Das positive Recht beschäftigt sich auch nicht mit Begriffsentwicklungen, sondern mit Wirkungen, die erzielt werden sollen. Das Gesetz kann daher wohl bestimmen: Falls Confusion bei einem Rechte eintritt, verbiete ich die Fortdauer der Wirkungen dieses Rechtes, nicht aber: das Recht geht unter durch Confusion. Aufgabe der Wissenschaft ist es, durch die Erscheinung, durch das äussere Rechtsinstitut, wie sie es im Gesetz oder im Leben findet, hindurchzudringen bis in das innere Wesen des Institutes, bis zu seiner juristischen Natur, um hier den reinen Begriff aufzufinden. Construction und Entwicklung des Begriffes, in dem ja alle seine Consequenzen bereits liegen, sind ihre nächste Aufgabe, auf die als zweite die Kritik des positiven Rechtes an Hand der gewonnenen Resultate folgt. Einerseits ist sie daher reine Erkenntnisswissenschaft, andererseits aber im eigensten Sinne kritische Wissenschaft.

Die Consequenzen, die sich aus einem Begriff ergeben, können nun allerdings durch das positive Recht verhindert werden. Den Begriff umzuwandeln vermag kein Gesetz. Seine Constructionen haben daher, wie Zittelmann zuerst ausge-

Digitized by Google

führt hat, keine bindende Kraft. Die Logik des Rechtes ist zwingend, wenigstens in der Theorie. Aufgabe der Wissenschaft ist es, die Logik im Recht zu finden, ihre Verletzungen nachzuweisen und die daraus resultirenden Mängel zu erhellen. Denn das Logische ist jedesmal auch das Zweckdienlichste. Mag die positive Entscheidung, die gegen die Logik verstösst, auch noch so praktisch erscheinen, so ist das nur ein Mangel der Erkenntniss. Das ganze Leben bewegt sich in Ursachen und Folgen. Das oberste Gesetz in ihm ist daher die Logik, ebenso in der Praxis wie in der Theorie. Gerecht und logisch stimmt mit einander überein. Und auf die Dauer setzt sich immer das Gerechte durch.

Aus dem Letztausgeführten ergibt sich, dass eine Streitfrage, deren positive Seite erschöpfend durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht entschieden ist, bei der mithin der Streit ein rein constructioneller, ein rein begrifflicher ist, trotzdem gelöst werden muss, wenn auch die Lösung scheinbar keinen Einfluss auf die Praxis ausübt. Es ist dies, wie wir oben sahen, nur scheinbar, nur ohne Erfolg im Rahmen der jeweiligen Erkenntniss. Ferner aber werden, wenn eine Stelle im Rechte besonders grell beleuchtet wird, immer eine Anzahl Grenzbegriffe mit festgestellt. Es kann eine Verbindung zwischen ihnen entdeckt werden, die vielleicht von den weittragendsten Folgen begleitet ist. Denn wie sich das Einzelne nur aus dem Ganzen erklären lässt, so liegen hinwiederum auch im Einzelnen die grossen Gesetze des Ganzen. So sagt Leibnitz von seinen Monaden, dass jede sich und das ganze Universum vorstellt, so dass der vollendete Weise aus einer Monade die Welt erkennt.

Wenden wir uns nun unserem Thema zu, der Frage nämlich, ob das Pfandrecht nothwendigerweise durch Confusion, d. h. durch Zusammentreffen von Eigenthum und Pfandrecht in einer Hand erlöschen muss, so ist es klar, dass wir die Antwort allein aus den beiden Begriffen Pfandrecht und Confusion ableiten können.

Zunächst: was ist Confusion? Hiezu müssen wir etwas weiter ausholen.

Das Recht im objectiven Sinne ist nur denkbar in der Societät, d. h. in der Mehrheit. Mit ihr entsteht es, wie es mit ihr vergeht. Es regelt die Beziehungen der Individuen zu ein-

Digitized by Google

ander und grenzt ihre Machtsphären von einander ab. Jedes Individuum hat so seine rechtlich anerkannte Machtsphäre, deren Inhalt aus dem Antheil des Einzelnen an den allgemeinen Lebensgütern besteht. Dieser Antheil ist aber noch nicht, wie Dernburg meint, das Recht im subjectiven Sinne. Denn einen Antheil an den Lebensgütern hat auch ein Robinson auf wüster Insel, und es ist doch einleuchtend, dass hier alle Rechte verschwinden und nur das Nichtrecht, der Besitz, d. h. das rein factische Innehaben, übrig bleibt. Hieraus folgt, dass das Recht im subjectiven Sinne immer nach aussen gerichtet ist. Auch es hängt ab von der Mehrheit, durch die es bedingt wird. Wenn es aber mit der Mehrheit entsteht und vergeht, so ist einleuchtend, dass es nur gedacht werden kann als Beziehung von Person zu Person. Das Recht im subjectiven Sinne ist ein Wollendürfen Dritten gegenüber. Der Einwurf Dernburg's dagegen, dass auch Willensunfähige Rechte im subjectiven Sinne haben, erscheint mir unbegründet. Wollendürfen und Wollenkönnen ist ebenso unterschiedlich wie Rechte haben und Rechte ausüben. Dass ferner Gemeinden, Stiftungen nicht „wollen" können, ist geradezu falsch. Die Geschichte eines jeden Tages beweist uns, wie mächtig das Ganze wollen kann. ja, wie eigentlich der Wille einer Gesammtheit immer prävalirend, immer herrschend auftritt, in dem wie in einem Strom die Einzelwillen mit fortgerissen werden.

In letzter Linie sind also alle Rechte nur denkbar als Beziehung von Person zu Person. Die Beziehungen zu einer Sache sind, für sich betrachtet, immer nur factischer Natur, in rechtlicher Bedeutung sind sie Beziehungen zu Personen, wie die Construction eines Einzelindividuums beweist. Man kann hier auf das Eigenthum verweisen und fragen, wo hier die Beziehung zu Dritten sei? Das Eigenthum ist weniger ein Recht im subjectiven Sinne als vielmehr ein rechtlicher Grenzbegriff. Es ist ein durchaus negatives Recht, dessen positive Befugnisse erst aus seiner negativen Natur folgen. Es besteht allein in dem Ausschlussrecht aller übrigen. Wie nun aber alle übrigen Rechte von ihm umspannt werden, so dass sie als im Eigenthum des Berechtigten stehend zu betrachten sind, so hat auch jedes Recht diese negative Seite des Ausschlusses aller übrigen. So ist das Eigenthum die rechtliche Machtsphäre des Individuums,

Digitized by Google

ein rechtlicher Grenzbegriff, der sich gegen sämmtliche Individuen richtet. Die anderen Sachenrechte aber richten sich gegen bestimmte Personen (abgesehen von der allgemein negativen Function ihrer Eigenthumsseite), sei es gegen die jeweiligen Eigenthümer einer Sache, wie bei den Servituten, oder gegen die Gläubiger einer bestimmten Person wie beim Pfandrechte, oder schliesslich als Forderung gegen eine bestimmte Person wie beim Faustpfande.

Wenn also ein Recht immer eine Beziehung von Person zu Person ist, so ist es klar, dass es endigt, wenn diese Beziehung fortfällt. Ein Recht, das sich auf niemanden bezieht, also ein Recht gegen sich selber kann nicht gedacht werden. Hieraus erhellt das Wesen der Confusion. Wenn die Personen, zwischen denen eine rechtliche Beziehung schwebt, sich in eine Person vereinigen, confundirt das Recht, weil es sich auf niemanden mehr bezieht, weil eine Beziehung gegen sich selbst unmöglich ist.

Was für rechtliche Beziehungen treffen wir nun beim Pfandrecht an?

Beim Faustpfand und bei der einfachen, d. h. der einmaligen Hypothek treffen wir nur 2 Personen, den Eigenthümer und den Gläubiger. Vereinigen sich beide in einer Person, so erlischt jede Beziehung nach aussen, mithin auch das Pfandrecht. Dies erfolgt nicht, wie Dernburg annimmt, weil das Eigenthum alle Befugnisse des Pfandrechtes bereits gewährt und letzteres daher überflüssig ist und ebenfalls auch nicht, wie v. Ihering meint, weil sein Zweck unrealisirbar ist, sondern aus den oben ausgeführten Gründen.

Anders liegt der Fall bei der Mehrhypothek. Hier bestehen zunächst wieder die Rechtsbeziehungen, die wir eben kennen lernten. Dann aber treten die Nachgläubiger auf, zwischen welchen Beziehungen mit dem Vorgläubiger bestehen. Erwirbt dieser nun Eigenthum, so ist es klar, dass zwar das Recht gegen den früheren Eigenthümer erlöscht, nicht aber das Recht gegen den Nachgläubiger. In seiner Richtung gegen den Schuldner confundirt das Pfandrecht, nicht aber in seiner Richtung gegen die Nachgläubiger. Damit geht aber das Recht nicht theilweise unter. Ein subjectives Recht überhaupt ist immer eine Einheit, d. h. es ist immer untheilbar *(un et indivisible)*. Vielmehr wird

Digitized by Google

nur sein Wirkungskreis beschränkt auf eine bestimmte Richtung. In derselben bleibt es aber voll und ganz bestehen.

Die Befugnisse des Pfandrechtes bleiben mithin alle erhalten, soweit sie sich gegen die Nachgläubiger erstrecken. Vor allem also hat der Eigenthümer, Gläubiger die Pfandklage auf Besitz der Pfandsache. Ferner ist es mir ganz unverständlich, warum ihm das Recht auf Pfandverkauf entzogen werden soll. Die wichtigste Function seines Rechtes in Beziehung auf die Nachgläubiger soll ihm entzogen werden, weil die Beziehung zu dem gemeinsamen Schuldner aufgelöst ist. Das ist kein zureichender Grund. Einen wahren Grund könnte nur das Verhältniss zu den Nachgläubigern geben. Und dieses Verhältniss hat sich in nichts geändert. Allerdings kommt die eigenthümliche Doppelstellung des Gläubigers, Eigenthümers insofern in Betracht, als er durch den Verkauf als Gläubiger die Nachpfandrechte vernichtet, während er als Eigenthümer dem Kaufenden wie jeder Eigenthümer haftet. Richtet sich doch auch beim gewöhnlichen Pfandrecht der Verkauf nicht nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen die Nachgläubiger.

Besteht nun aber die Rechtsbeziehung weiter zwischen Eigenthümer und Nachgläubiger, so ist einleuchtend, dass sie auch von den Nachgläubigern zum Eigenthümer fortbesteht. Letzterer muss sich also natürlich das *ius offerendi* seitens der Nachgläubiger gefallen lassen.

Es entsteht schliesslich noch die Frage: Ist es nicht nach dem Vorhergesagten möglich, die Rechtsverbindung mit den Nachgläubigern zu begründen an der eigenen Sache, mit anderen Worten: Ist Constituirung eines Pfandrechtes an eigener Sache möglich? Das moderne Recht kennt dies als Eintragung einer eigenen Hypothek im Grundbuche. Aber auch nach römischem Rechte war das möglich, wenn auch vielleicht nicht üblich. Zwar scheinen die bekannten Stellen des *corpus iuris* dagegen zu sprechen. Aber sie besagen weiter nichts, als dass es unmöglich ist, mit sich selbst in Pfandrechtsbeziehungen zu treten. Ein Vertrag, dahin gehend, dass man eine spätere Quote verpfändet, während man sich die erste Quote selbst vorbehält, wird nirgends verboten. Allerdings muss dies Recht gegen Dritte gehen. Es kann also nur durch Vertrag mit den Nachgläubigern entstehen, weil es sich nur gegen diese richtet. Diesen aus-

Digitized by Google

drücklichen Vertrag ersetzt heute die Publicität der Pfandrechte. Eine Nachverpfändung ist immer ein solcher Vertrag. Daraus folgt, dass die sogenannte Eigenthümerhypothek erst existent wird bei Abschluss der Nachverpfändung, wobei allerdings der Vertrag dahin geht, dass das Vorpfandrecht in eine frühere Zeit zurückdatirt wird. Warum dies Verhältniss sich jeder juristischen Construction entziehen soll, wie Leonhardt meint, oder, um gar mit Puchta zu reden, ein Nonsens, ein logisches Monstrum ist, vermag ich nicht einzusehen.

Eine mit dem oben Ausgeführten nicht in Verbindung stehende, ganz andere Frage ist die, wie sich das römische Recht zu dem Begriffe eines Pfandrechtes an eigener Sache gestellt hat. Die drei Stellen, in denen es geleugnet werden soll, handeln von etwas anderem. *L. 29, Dig. 13, 7* spricht von einem Faustpfand, *l. 33, Dig. 41, 3* von einem Pfandvertrag an der eigenen Sache. Das gleiche ist bei *l. 45, De rig. iuris* der Fall. Allerdings steht hier *pignus*, aber der ganze Zusammenhang (es werden nur Verträge angeführt, wie *emtio, locatio, depositum)* ergibt, dass es sich nur um einen Vertrag handeln kann.

In der *Latinus largus* wird die Pfandklage zugesprochen. Ob nun Paulus, der Urheber der Stelle, ein Pfandrecht angenommen hat, ist an und für sich ja irrelevant. Seine Ansicht kann gar nicht bindend sein. Das scheint er übrigens selbst zu empfinden. Er scheint seine Ansicht in Widerspruch mit der positiven Regelung zu setzen, welch letztere er dann flüchtig motivirt. Anders sind seine Worte kaum zu erklären:

> *Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pigneraticia competit: verum est enim et pignori datum et satis factum non esse.*

Mit Hartmann anzunehmen, der Satz *neque enim* enthalte eine *ratio dubitandi*, die der Jurist mit dem folgenden *tamen* verneine, ist sprachlich einfach unmöglich. Die angeführte Parallelstelle *19, Dig. 5, 2* beweist gegen Hartmann, da hier der Einwurf mit *itaque dici potest*, die Widerlegung mit *sed non est admittendum* eingeführt wird.

In anderen Stellen treffen wir hiemit übereinstimmende Entscheidungen. Nicht hierhin gehört, wie bisher allgemein angenommen worden ist, die Stelle *19, Dig. 20, 4*. Eine Frau bestellt ihrem Manne ein Grundstück zur Mitgift, das bereits ver-

Digitized by Google

pfändet war. Sie setzt im Testament ihren Mann und ihre Kinder, die sie von ihm und ihrem ersten Gatten hatte, zu Erben ein. Nachdem diese die Erbschaft angetreten haben, belangt sie der Pfandgläubiger, da er sie für zahlungsfähig hält, und will das Grundstück verkaufen. Der gutgläubige Besitzer bietet ihm Bezahlung der Schulden, falls der Gläubiger ihm das Recht der Forderung cedire. Das, entscheidet der Jurist, kann er thun.

Seit der Glosse ist die Ansicht begründet, dass unter dem *iustus possessor* der *maritus* zu verstehen ist. Davon steht nichts in dem Fragment. Der *maritus* ist nach dem Recht des Juristen Scaevola, von dem die Entscheidung herrührt, da es sich um eine *dos adventicia* handelt, der Eigenthümer. Nun kann allerdings der *qui iniuste possidet* nicht die Cession der Forderung verlangen. Dies aber beim *dominus*, der doch selbstverständlich *iuste possidet*, hervorzuheben, ist ganz überflüssig. Die Frage kann eigentlich nur bei einem Drittbesitzer wichtig werden, wobei dann alles klar ist. Gegen die Erklärung des Cujacius, es werde nur die Forderung gegen die Miterben cedirt, die auch davon ausgeht, dass der *maritus* der *iustus possessor* sei, spricht der Ausdruck des Juristen *„ius nominis"*, der das gesammte Recht der Forderung umfasst, mithin auch das Pfandrecht.

Im justinianischen Rechte fällt die *dos adventicia* an die Erben der Frau, mithin an den Mann und die Kinder *(L. unica §. 6, Cod. 5, 13)*. Nimmt man nun an, dass der *maritus iustus possessor* sei, so liegt erst recht kein Pfandrecht an eigener Sache vor.

Der Mann ist Miteigenthümer der Pfandsache. Diese ist seit dem Tode der Frau in ideelle Theile zerfallen, von denen jeder für die ganze Forderung haftet. Lässt sich der Ehemann das Pfandrecht cediren, so erlöscht das Pfandrecht an seiner Quote durch Confusion. Ihm aber bleiben verpfändet die ideellen Theile der Kinder, die nicht in seinem Eigenthum stehen. Diese haften jeder für die Forderung, vermindert um den zu Lasten des Vaters fallenden Theil. Einfacher allerdings ist die Erklärung, dass der *iustus possessor* ein Drittbesitzer ist.

Auch die *l. 59 (61), Dig. 36, 1* gehört nicht hieher. Es handelt sich um einen erzwungenen Erbschaftsantritt bei einem Universalfideicommiss. Hiebei erlöschen dingliche und andere Rechte des Erben gegen den Erblasser. Die dinglichen Rechte

Digitized by Google

leben wieder auf, die Forderungsrechte nicht. Die Frage ist nun nicht die, ob das Pfandrecht durch Confusion erloschen sei (denn es müsste ja wieder aufleben), sondern vielmehr, ob das Pfandrecht nicht erlösche durch Untergang der Forderung. Aus dem Fortbestehen des Pfandrechtes schliesst der Jurist auf die Existenz einer *naturalis obligatio (remanet propter pignus naturalis obligatio)*. Der Satz zu Anfang:

videamus, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione

bedeutet: Wir wollen sehen, ob es wirlich wahr ist etc. Vereinfacht wird die Stelle, wenn man statt *naturali principali* liest. Das *naturali* kann leicht auf einem Fehler des Abschreibers beruhen.

Die ganze Stelle hat nur Bedeutung in Beziehung auf das überaus verworrene Institut des Universalfideicommisses und des Satzes: *semel heres semper heres.*

Praktisch ausgeübt haben die Römer das Pfandrecht an eigener Sache. Ob sie es juristisch erkannt haben, ist eine andere Frage. Paulus hat es jedenfalls nicht gethan. Aber das ist das Wesen des Logischen. Wir fühlen es alle, wir üben es aus, ohne uns klar zu sein. Wir leben gesetzmässig, ohne die Gesetze zu kennen. Es ist so wie mit allen Gesetzen. Die Mathematiker des Alterthums ahnten wohl schon lange die Besonderheiten des Dreiecks, ehe es Pythagoras gelang, seinen bekannten Satz zu beweisen.

Digitized by Google

VIII.

Der österreichische Kaisertitel, seine Geschichte und seine politische Bedeutung.

Von

Dr. **Friedrich Tezner.**

I.

In Oesterreich steht man wissenschaftlichen Untersuchungen über das Wesen der Staatenverbindung der österreichisch-ungarischen Monarchie höchst gleichgiltig gegenüber. Gelänge es, das wirthschaftliche Verhältniss der beiden Staaten auf eine in Oesterreich für gesund und gerecht anerkannte Grundlage zurückzuführen, so würden im übrigen gelehrte Untersuchungen darüber, ob Oesterreich-Ungarn ein monarchischer Bundesstaat, eine Real-, eine Personal-Union sei, die Bevölkerung ganz kalt lassen. Anders in Ungarn. Hier reagirt die herrschende Nation auf das heftigste gegen jede derartige Untersuchung, deren Ergebniss dem Nationalgefühl nicht entspricht. Kein Ausdruck kann stark genug sein, um die Nichtswürdigkeit oder mindestens Oberflächlichkeit eines solches Machwerkes zu brandmarken. Nur so erklärt es sich, dass eine von mir im Jahre 1893 in dieser Zeitschrift veröffentlichte Abhandlung über die Staatenverbindungen Oesterreich-Ungarn und Ungarn-Kroatien, welche in Oesterreich ein ausschliesslich literarisches Dasein gefristet hat, von einem Herrn J. Sch. entdeckt und in den Nummern 229 und 259 des Jahrgangs 1897 des „Pester Lloyd“ zum Gegenstande eines pamphletistischen Angriffes gemacht worden ist, als dessen abgeschwächte Form der Artikel „Der österreichische

Digitized by Google

Kaisertitel" desselben Autors in den Beilagen zu den Nummern der Münchner Allgemeinen Zeitung vom 1. und 7. Januar d. J. zu betrachten ist.[1])

Ich habe in dieser Abhandlung auf die nunmehr auch von Jellinek in seinen „Staatenfragmenten" fruchtbar gemachte Erkenntniss verwiesen, dass die realen Staatenverbindungen sich durchaus nicht als widerspruchslose Verwirklichung der theoretischen Typen darstellen, sondern in einer für die formale Jurisprudenz nicht fassbaren Weise logisch unvereinbare Merkmale verschiedener Typen in sich vereinigen. Und so habe ich die auf das Vorwalten einer Willenseinheit deutenden Elemente der österr.-ungar. Verfassung den einer solchen Einheit feindlichen societären Elementen gegenübergestellt. Dass ich den letzteren das politische Uebergewicht eingeräumt, dass ich die Dantscher'sche Construction eines monarchischen Bundesstaates nachdrücklichst abgelehnt habe, konnte mich vor dem Vorwurfe arger Lückenhaftigkeit meines staatsrechtlichen Wissens seitens des Herrn J. Sch., vor der auch in der „Münchner Allgemeinen" aufgestellten Behauptung der Identität meiner Auffassung mit der Dantscher'schen nicht bewahren. Ich hatte eben das Verbrechen begangen, zu behaupten, dass auch in der gegenwärtigen

[1]) Zur wissenschaftlichen Qualification des Herrn J. Sch. wird im Verlaufe der Erörterungen öfters Stellung genommen werden müssen. Hier nur einige Proben seiner Art der Polemik. Auf meine Bemerkung, dass die Unionsverfassung der Länder der ungar. Krone der Anerkennung und Regelung eines Executionsrechtes der Unionsorgane gegenüber Kroatien entbehre, bemerkt Herr J. Sch. a. a. O. Nr. 229, dass im Bedarfsfalle die Centralregierung auch ohne solche Bestimmung ihren Anordnungen Respect verschaffen werde, wie dies seinerzeit 1883 durch Entsendung des kgl. Commissärs Ramberg geschehen sei, ohne dass man erst Dr. Tezner um Rath gefragt hätte. Meine Behauptung, dass bei Nichterfüllung der verfassungsmässigen Formen für die Berathung des Unionsparlaments, wie sie zu Gunsten Kroatiens festgesetzt seien, die kroatischen Abgeordneten secediren könnten und müssten, entstellt Herr J. Sch. vorerst in die Behauptung eines willkürlichen und schrankenlosen Secessionsrechts dieser Abgeordneten, um dann ausführen zu können, dass dieser Widersinn nur in meiner Phantasie bestehe. Mit der staatsrechtlich haltlosen Denunciation, dass der Herausgeber dieser Zeitschrift sich noch immer sträube, sich auf deren Titelblatt als kaiserlichen und königlichen Hofrath zu bezeichnen, wechselt die geistvolle Bemerkung ab, dass die Schöpfer des Ausgleichs sich um die Verlegenheiten der Professoren über die Classification der neuen Schöpfung nicht gekümmert hätten.

Digitized by Google

gemeinsamen Verfassung Ungarn nicht die unbeschränkte Souveränität, das Recht der vollen Selbstbestimmung, wie ein isolirter Einheitsstaat besitze, dass seine Staatsgewalt eine incomplete sei. Und wie könnte auch das Gegentheil behauptet werden, wenn Oesterreicher staatsrechtlich berufen sind, mitzuentscheiden, ob in Ungarn eine Festung angelegt werden solle und mit welchen Kosten! Selbstverständlich leidet auch die Souveränität Oesterreichs an derselben Beschränkung. Ich hatte zu behaupten gewagt, dass in den streng gemeinsamen Angelegenheiten — man denke an die Regelung der constitutionellen Verantwortlichkeit der gemeinsamen Minister, an das Dienstrecht für die gemeinsamen Beamten, an das Militärstrafrecht und die Militärstrafprocessordnung — auf dem ganzen Gebiete der österr.-ungar. Monarchie sich rechtlich wirksam nur ein inhaltlich gleicher Wille entfalten könne, und dass deshalb in dem Umfange, als Abweichungen in den für diesen Zweck erlassenen Doppelgesetzen obwalten, die Thätigkeit der zur Gesetzgebung in beiden Staaten berufenen Organe sich, weil wirkungslos, fruchtlos entfaltet habe, eine staatsrechtliche Erscheinung, die aus der Verfassung eines volle, unbeschränkte Souveränität besitzenden Staates nicht erklärt werden könne. Ich hatte aus diesen und anderen Gründen im Gegensatz zu Jellinek's „Staatenverbindungen" die Verbindung zwischen beiden Staaten nicht als eine äusserliche nur völkerrechtliche, sondern als eine beide Staaten in ihrem inneren Wesen, also organisch erfassende, staatsrechtliche erklärt.[2]) Es kann für diese juristische Construction kaum einen wirksameren politischen Beweis geben, als dass durch die gegenwärtige staatsrechtliche Krise Oesterreichs auch Ungarn gehindert worden ist, selbst ungarische Angelegenheiten in normalen verfassungsmässigen Formen zu erledigen. Auch die auf eine Formulirung Deák's sich stützende Auffassung von der staatlichen Natur Kroatiens konnte auf Beifall in Ungarn nicht rechnen. Aber geradezu frevelhaft musste es erscheinen, dass ich bei aller Anerkennung des beharrlichen Eifers der Ungarn, ihre Sonderstaatlichkeit zu wahren, und bei aller Anerkennung ihrer auf diesem Gebiete

[2]) Seither hat Jellinek in einem im Herbste 1897 in der „Neuen Freien Presse" veröffentlichten Artikel sich der von mir vertretenen Auffassung genähert.

Digitized by Google

erzielten Erfolge es gewagt hatte, ihre Haltung gegenüber der Annahme des österr. Kaisertitels im Jahre 1804 durch Franz II. als vom Standpunkte ihrer politischen Vergangenheit insbesondere in der Zeit von 1790 auf 1791 unbegreiflich zu erklären.[3]) Obwohl ich hiemit nur einen persönlichen Eindruck einer historisch feststehenden Thatsache mitgetheilt, und nur versucht habe, diese politische Apathie aus den Nachwirkungen der Napoleonischen Kriege zu erklären, bin ich von Herrn J. Sch. wegen dieser Erklärung im „Pester Lloyd" einer bewussten groben historischen Fälschung geziehen worden. Das hängt damit zusammen, dass in Ungarn die Wissenschaft von der ungarischen Verfassungsgeschichte in dem Glaubensbekenntniss gipfelt, dass seit jeher auf dem ganzen Gebiete ungarischer Angelegenheiten im Unterschiede von den anderen absolutistisch regierten habsburgischen Völkern der König und der Reichstag frei von jedem fremden staatsrechtlichen Einfluss verfügt hätten, und dass diese Selbständigkeit zu allen Zeiten von den Ungarn auf das eifersüchtigste gehütet worden sei. An diesem groben historischen und wissenschaftlichen Irrthum ist nun zum nicht geringen Theile die von Deák im §. 5 des XII. ungar. Gesetzartikels vom Jahre 1867, dem sogenannten ungar. Ausgleichsgesetze, vorgenommene Formulirung des historischen Rechtsverhältnisses der nicht-ungarischen zu den ungarischen Ländern schuld. Es soll nun hier, soweit dies innerhalb eines so engen Rahmens möglich ist[4]), gezeigt werden, dass in dieser Formulirung eine arge Uebertreibung gelegen ist und dass die Restauration des ungar. Staatsrechts im Jahre 1867 den Ungarn mehr verschafft hat, als sie an Staatsrecht während der ganzen Dauer der habsburgischen Centralisationspolitik besessen hatten.

---

[3]) Es lässt sich mit dieser Erscheinung nur noch die widerstandslos erfolgte Aufhebung der böhmischen Hofkanzlei im Jahre 1749 vergleichen.

[4]) Hier werden nur die liquidesten Einrichtungen berührt. In wie weitem Umfange die Verwaltungsgemeinschaft zwischen Ungarn und den übrigen Ländern eine thatsächliche, wie dünn die Scheidewand war, welche die thatsächlichen Zustände von einem Rechtszustande trennte, mag aus dem grundlegenden, leider aber schwer geniessbaren Werke Bidermann's: Die Geschichte der österr. Gesammtstaatsidee, entnommen werden. Vgl. desselben Verfassers Abhandlung, Die rechtliche Natur der österr.-ungar. Monarchie, im Jahrgang 1877 der „Juristischen Blätter".

Digitized by Google

II.

In folgenden Punkten behält Ungarn immer einen grossen verfassungsrechtlichen Vorsprung vor den übrigen habsburgischen Ländern, Böhmen inbegriffen. Der Satz, dass das *jus legem ferendi* ausschliesslich dem Monarchen gebühre, ein Monopol desselben sei, gelangt hier nie zur Geltung. Die Ungarn büssen die ihre Sonderstaatlichkeit zum formellen Ausdruck bringende Hofkanzlei nicht in der Weise ein, wie die böhmischen und die österreichischen Länder, und sie wehren sich nachdrücklichst gegen den liquiden Verfassungsbruch des Jahres 1849. Sie gewinnen endlich in den Jahren 1790, 1791 einen, wenn auch kümmerlichen Ansatz für die Entwicklung einer constitutionellen Verfassung. Im übrigen ist aber bis dahin, was auch von Deák übersehen wird [5]), die ungarische Verfassung wie in den übrigen habsburgischen Ländern die ständisch-absolutistische, das ist die ständische Verfassung in jener Entwicklungsphase, in welcher die monarchische Gewalt jene der Stände staatsrechtlich überwiegt, in welcher die Herrscher, die Armuth des ständischen Verfassungsrechts an politischen Ideen, Rechtsbegriffen und seine formale Unvollkommenheit ausnützend und unterstützt von der durch den Bestand stehender Heere bewirkten *douce violence,* den ständischen Einfluss auf die Entscheidung der Staatsangelegenheiten soweit einengen, als es die politischen Verhältnisse überhaupt gestatten. Wie in den anderen Ländern, so gelingt es den Habsburgern auch in Ungarn, aus der Verfassung alle Elemente einer aristokratischen Republik — man denke an das *jus resistendi* und die Strafgewalt der Stände gegenüber den königlichen Räthen — vollständig auszumerzen. [6])

In Ungarn wird es heute noch als Axiom hingenommen, dass den Ständen in der ganzen ständischen Epoche das Recht der Mitwirkung bei der Gesetzgebung zugekommen sei. Dabei nimmt man den Begriff der Gesetzgebung anachronistisch im Sinne der modernen Staatslehre. So liegt indess die Sache ganz und gar nicht. Weder anticipirt das alte ungarische Ständerecht die Montesquieu'sche Gewaltentheilung in der moderni-

[5]) Die richtige Erkenntniss, auf S. 110 ff. seiner Polemik gegen Lustkandl „Ein Beitrag zum ungarischen Staatsrecht" ausgesprochen, wird in den anderen Partien derselben nicht festgehalten. Vgl. z. B. S. 22.

[6]) Vgl. hierüber auch Deák, a. a. O. S. 110, 112.

Digitized by Google

sirten Gestalt der constitutionellen Verfassungen unseres Jahrhunderts, noch lassen sich überhaupt, von der Bewilligung bestimmter Steuern und Heeresleistungen abgesehen, die Fälle der Mitwirkung der Stände zu Gesetzen auf ein allgemeines unfehlbares Princip zurückführen. Man kann wissenschaftlich kein schärfer umgrenztes Resultat aus der Verfassungsgeschichte des ungar. Ständestaates herausdestilliren, als dass die Stände in einem fortwährenden, von wechselndem Erfolge begleiteten Kampf für ihren Einfluss auf die Erledigung staatlicher Angelegenheiten begriffen sind.[7]) Das bezieht sich aber auf Gesetzgebung nicht mehr und nicht minder als auf Verwaltung. Nicht um die Abgrenzung dieser beiden modernen Rechtsbegriffe handelte es sich hiebei, sondern nur darum, ob und wie weit die jeden ständischen Einfluss ausschliessende königliche Prärogative, sei es auf dem Gebiete der Aufstellung von Rechtsnormen, sei es auf dem Gebiete der Verwaltung, reichen solle. Wer nun nachzuweisen vermag, dass sich, abgesehen von dem früher erwähnten Falle, über die Beschränkung der monarchischen Gewalt durch die Stände ein klarer und in unbestrittener Geltung stehender allgemeiner Rechtssatz im Ständestaat herausgebildet habe, verdient einen hohen Preis. Die Controverse zwischen Lustkandl[8]) und Deák macht das hier Entwickelte sehr anschaulich. Jeder von beiden bringt nur die Belegstellen für seine Behauptungen mit Ausschluss des ihm Ungünstigen. Und so nimmt man wahr, wie in zeitlich weit auseinander liegenden Epochen in Fällen gleicher Art der König allein verfügt oder auf ständischen Antrag, Bitte, Beschwerde, Petition, Gravamen, Repräsentation. Die ständische Verfassung macht in diesem Punkte bis zum Jahre 1790 gar keine Entwicklung durch. Die zufällige Gestaltung der politischen Verhältnisse entscheidet darüber, ob der König zur Ordonnanz greift oder zum Wege der Vereinbarung mit den Ständen. Jedenfalls ist die Thätigkeit auf dem Gebiete der Verordnung, wie die Acten der Centralbehörden und der ungar. Hofkanzlei beweisen, eine ungleich fruchtbarere als die auf dem Gebiete

[7]) So auch Deák, S. 110 ff.

[8]) Vgl. dessen ungarisches-österreichisches Staatsrecht, Wien 1863, und dessen Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrecht, Wien 1865.

Digitized by Google

der sogenannten ständischen Gesetzgebung. [9]) Auch Ungarn kann deshalb aus seiner Geschichte die Thatsache nicht weglöschen, dass in der ständischen Zeit die Ordonnanz vorherrscht und sich selbst gegen das Gesetz rechtlich behauptet. Und gerade dass sich die unter ständischem Einfluss vor sich gehende königliche Gesetzgebung in weitem Umfange in der Form von Petitions- oder Beschwerdeerledigungen vollzog, und dass auch von dem Beschwerdeinhalte abweichende Erledigungen, also ein mit dem Ständewillen sich gar nicht deckender Königswille, als Gesetz gilt, zeigt die ganze Verkehrtheit der Behauptung, die alten Stände hätten ein Gesetzgebungsrecht besessen wie die modernen constitutionellen Parlamente, denen gegenüber der Monarch kein Gesetz sanctioniren kann, das sich nicht vollständig mit dem Inhalte ihrer Zustimmung decken würde. Aber nicht einmal der die Montesquieu'sche Gewaltentheilung fast abschreibende G. A. 12 : 1790/1791 versucht eine Abgrenzung zwischen königlicher Prärogative und Mitwirkungsrecht der Stände, indem er die Regierung des Königreichs und seine verbundenen Theile mittels königlicher Erlässe *Rebus legi alioquin conformibus* zulässt. Damit erscheint aber gerade die bedeutsame, die ung. Verfassungsgeschichte ausfüllende Frage offen gelassen, welches diese zulässigen Fälle des Regierens mittels königlicher Erlässe seien, eine Frage, deren Beantwortung durch den Umstand nicht erleichtert wird, dass nach Art. X 1790/1791 auch die Gewohnheit, somit auch die *desuetudo* eine Quelle des Verfassungsrechts bildet. [10])

---

[9]) Vgl. hiezu auch Virozsil, Das Staatsrecht des Königreichs Ungarn, II. Bd., S. 192, 193 f.

[10]) Deshalb hält Virozsil in seinem umfassenden Staatsrecht des Königreichs Ungarn, II. Bd., S. 142 ff. das Polizeiverordnungsrecht, ja S. 126, 187 ff., S. 195 ebenda sogar das Nothverordnungsrecht des Königs mit dem XII. G. A. 1790/1791 vereinbar und einer besonderen verfassungsmässigen Delegation nicht bedürftig. Deák selbst citirt a. a. O. S. 166, 171, 174, 183 die G. A. 20 : 1790/1791, 8 : 1715, 22 : 1741, 22 : 1608, 104 : 1715, welche für die dort angeführten Fälle ständische Mitwirkung als Regel aufstellen, im Falle der Staatsnoth aber einseitiges Vorgehen des Königs zulassen, Virozsil, a. a. O. S. 190 ff., 195 betrachtet das nur als Anwendungsfälle des dem ungar. König auch ohnedies zustehenden *jus eminens*. — G. A. 22 : 1608, 104 : 1715 beziehen sich auf die Zulassung der Veräusserung von Krongut in Fällen der Noth gegen nachträgliche Genehmigung des Reichstags, also auf einen Fall, den der in Ungarn so arg verspottete sogenannte österr. Kaiserparagraph ausdrücklich ausschliesst. Bei dieser

Digitized by Google

Nun behaupten die Habsburger in Ungarn ganz wie in den andern von ihnen beherrschten Ländern auf Grund der Ständeverfassungen die Freiheit in der Wahl ihrer Kronräthe, das Recht, Angelegenheiten des Landes mit einem Kronrathe auch von Nicht-Landesangehörigen zu berathen, die Unverantwortlichkeit dieser Kronräthe gegenüber den Ständen, die Freiheit in der Organisation der streng königlichen, also nicht ständischen Behörden, die Unverantwortlichkeit derselben gegenüber den Ständen, das Recht des Königs, sich mit der höchsten Landesbehörde, der Hofkanzlei, dauernd ausserhalb des Landes aufzuhalten, die persönliche Gerichtsbarkeit des Königs, seine Unbeschränktheit im militärischen Oberbefehl, in der Verwaltung der zur königl. Disposition stehenden finanziellen Mittel und in der Verwaltung der äussern Angelegenheiten. Daraus kann man ersehen, welch weiter Spielraum bei aller politischer Ueberlegenheit der ungarischen Stände über jene der übrigen Länder für den Absolutismus auch in Ungarn bestand, wie undeutlich und schwankend die jeder Sicherung entbehrenden Grenzen dieses Absolutismus zu Gunsten des ständischen Einflusses waren. Kraft eben dieses Absolutismus hat nun Ungarn die Einwirkungen der centralistischen Behörden ebenso zu spüren bekommen wie die übrigen Länder, und sind diese Behörden, welche die übrigen Stände fast protestlos über sich ergehen liessen, gerade in Ungarn, wenn auch widerstrebend, legalisirt

---

Sachlage habe ich es in meiner Abhandlung über die österr. Nothverordnung in Nr. 31, Jahrg. 1897 der Juristischen Blätter, S. 761, als Gebot wissenschaftlicher Vorsicht betrachtet, mit einem Urtheile über die Zulässigkeit der Nothverordnung nach ungar. Staatsrecht zurückzuhalten und in Nr. 247 des P. Ll. für die Entscheidung dieser Frage eine gründliche wissenschaftliche Durchforschung der ung. Verfassungsgeschichte als unerlässlich erklärt. In dieser wissenschaftlich gebotenen Vorsicht erblickt nun Herr J. Sch. das Eingeständniss meiner Unkenntniss der ungar. Verfassungsgeschichte und erklärt deshalb in Nr. 259 des P. Ll. einen weiteren Streit mit mir als unter seiner wissenschaftlichen Würde. Diese Geringschätzung der wissenschaftlichen Bedeutung meiner Persönlichkeit hängt indess, wie die obigen Citate beweisen, damit zusammen, dass Herr J. Sch. in seinen Anforderungen an eine wissenschaftliche Erforschung der ung. Verfassungsgeschichte höchst genügsam ist. Die Schwierigkeit, welche das ungar. Staatsrecht einer wissenschaftlichen Darstellung bietet, und die über dieses Staatsrecht in Ungarn selbst herrschende Unkenntniss hebt Virozsil im Vorworte seines Werkes hervor.

Digitized by Google

worden.[11]) Die ung. Hofkanzlei vermochte diese Entwicklung nicht aufzuhalten, weil sie eine nur dem König unterworfene Behörde, ein *dicasterium pure regium* oder, wie Jedenczy. ein Staatsrath ungar. Abkunft unter Josef II., sich ausdrückt[12]), ein *homo principis*, eine Dienstmagd des Fürsten war, welche mit ihrem Herrn nur deutsch verkehrte.[13])

Kraft seines Rechtes der freien Wahl seiner Räthe und der Berathung der Landesangelegenheiten mit Landesfremden schafft nun der gemeinsame Herrscher vorerst den Geheimrath, von dem der päpstliche Nuntius Caraffa in einem Geschäftsbericht aus den Jahren 1624—1628 nach Hause mittheilt, dass er *commanda tutto quello que riguarda lo stato, la pace, il governo, gli interessi de la camera*, und dass erst durch dessen Befürwortung die Beschlüsse des böhmischen und ungarischen Landessenates, das ist der böhmischen und ungarischen Hofkanzlei, für die kaiserliche Sanction geeignet gemacht werden.[14]) Der letztere Satz ist der staatsrechtlich richtigere. Denn der Geheimrath ist zwar Kronrath für alle habsburgischen Länder, aber eine behördliche Befehlsgewalt kommt ihm nicht zu. Seine politische Stellung ist indess ungleich bedeutsamer als jene der Landessenate oder der Hofkanzleien. Die Anträge derselben müssen den Geheimrath passiren, wodurch der unmittelbare Contact zwischen König und Landeskanzler beeinträchtigt wird. Die Verwaltung aller dem gemeinsamen Herrscher aus den Ländern einschliesslich Ungarn zufliessenden, zu seiner unbeschränkten Verfügung stehenden Einkünfte führt die Hofkammer in Wien. Beharrlich streben die ungarischen Stände

[11]) Damit hängt es zusammen, dass, während die vernewerte böhmische Landesordnung vom *Consilium bellicum*, von der *Camera aulica*, dem *Status Ministerium* gar nichts weiss, dieser Centralbehörden in den ungar. Gesetzartikeln wiederholt in der Absicht der Wahrung des ungar. Einflusses in denselben gedacht wird.

[12]) Vgl. Hock-Bidermann, Der österr. Reichsrath, S. 210, ferner Bidermann, Geschichte der österr. Gesammtstaatsidee, II, S. 293, Nr. 128

[13]) Vgl. Wertheimer, Geschichte Oesterreichs und Ungarns im ersten Jahrzehnt des 19. Jahrh., II. Bd., S. 87, Anm. 3, woselbst ein ablehnendes, in deutscher Sprache an die Hofkanzlei erstattetes Gutachten der ungar. Statthalterei gegen die Anerkennung der ungar. Sprache an Stelle der lateinischen als allgemeiner Amtssprache der kgl. Behörden citirt ist.

[14]) Archiv für österr. Geschichtsquellen, XXIII. Bd., S. 295, 299.

Digitized by Google

aus dem von dem gemeinsamen Herrscher hergestellten Unterordnungsverhältniss der ungarischen Kammer zur Wiener ein auf Coordination beruhendes Verrechnungsverhältniss zu machen. Allein trotz aller königl. Versicherungen bleibt es bei dem ersteren, wie dies die Hofkammeracten beweisen [15]), woraus zu ersehen ist, dass wegen der Unverantwortlichkeit der königlichen Räthe selbst noch so oft wiederholte königliche Zusicherungen nicht zur praktischen Geltung gelangten. Darum bieten die königlichen Abschiede der Landtagsschlüsse ein durchaus unzutreffendes Bild der wirklichen Gestaltung der königlichen Verwaltung in Ungarn, welches allein aus den instructionellen Bestimmungen für die königlichen Behörden gewonnen werden kann. Auch die Organisation der Militärbehörden ist, soweit es sich um das stehende Heer handelt, für alle habsburgischen Länder, Ungarn inbegriffen, eine von der staatsrechtlichen Trennung derselben unberührte einheitliche und gipfelt in dem Hofkriegsrathe. Die völkerrechtliche Stellung des Königs von Ungarn tritt wie jene des Königs von Böhmen unter den Habsburgern wegen des Vorwiegens der römischen Kaiserwürde gar nicht recht in Erscheinung [16]) und die Verwaltung des Aeusseren wird einheitlich durch den Geheimrath und die später an dessen Stelle getretenen Behörden, seit Karl VI. durch die Abtheilung für das Aeussere in der österreichischen Hofkanzlei, zuletzt durch den Staatskanzler geführt.

Die ungarischen Stände stehen diesen centralistischen Einrichtungen mit gemischten Gefühlen gegenüber. Einerseits empfinden sie die Vortheile der Rückwirkung der durch die Centralisirung herbeigeführten politischen Machtstellung der Monarchie, andererseits besorgen sie von derselben eine Verwischung ihrer sonderstaatlichen Existenz. Ihre Politik richtet sich demgemäss auf folgende Ziele: dass alle Erlässe des Monarchen.

---

[15]) Hierüber besonders Beer im XV. Bande der Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung, woselbst S. 240 festgestellt wird, dass die Wiener Hofkammer die ungar. Kron- und Kammergüter, das ungar. Salz- und Bergregal, die Judentaxen, die Post, das Dreissigstgefälle unmittelbar verwaltete, der ungar. Kammer nur bestimmte Kammerämter unterstanden, wieder ein Beweis, dass die ungar. Verwaltungsorganisation verlässlich nur aus den Acten der Centralbehörden ermittelt werden kann.

[16]) Hierüber vgl. bes. Lustkandl, a. a. O. S. 198 ff.; Bidermann, I, S. 130, N. 52, S. 149, N. 98, II, S. 35, 181 N. 34.

Digitized by Google

die in Ungarn und für die Ungarn wirksam werden sollen, sich der Form nach als königlich-ungarische Erlässe darstellen, dass die ungarische Hofkanzlei bei der Berathung ihres Inhalts nicht übergangen werde, dass die königl. Behörden in Ungarn mit Ungarn besetzt werden, dass endlich Ungarn auch zu den centralistischen Behörden Zutritt erhalten. Nach allen diesen Richtungen erhalten sie theils nur halbe Zusicherungen, theils werden die ganzen Zusicherungen nur halb erfüllt. Das hängt zusammen mit der bereits hervorgehobenen Unabhängigkeit der königl. Behörden von den Ständen, ferner damit, dass die höchste königl. Behörde, die Hofkanzlei, sich ausserhalb des Landes im Bannkreise des centralistisch gesinnten Kaiserhofes befindet, und dass im ständisch-absolutistischen Staate dem Monarchen das Bewusstsein der Unverbrüchlichkeit abgegebener noch so feierlicher Versicherungen gänzlich abgeht. Nicht einmal im Innern des Landes vermögen sich die Ungarn der fremdländischen Beamtenschaft zu erwehren, was durch die stete Wiederkehr ihrer dagegen gerichteten Beschwerden bewiesen wird. Die Unvollkommenheit ihres Staatsrechts bietet keinerlei juristische Stütze für diese Beschwerden, weshalb sie sich auf den politischen Grund des durch die Fremdherrschaft über Ungarn herbeigeführten Unheils und auf das *jus gentium* (!) zurückziehen.[17]) Wendet sich doch noch um das Jahr 1806 selbst die ungarische Hofkammer gegen ihre Magyarisirung, da viele sonst rechtschaffene, aber der

[17]) Noch die Gravamina des Landtags 1708/1714 führen die Leiden des Königreichs darauf zurück: *quod universa Regni negotia publica nimirum et privata* (das dürften die Aemter der königl. Kammer sein) *contra jus gentium et consuetudinem aliorum Regnorum et Nationum* an Auslander verliehen wurden. *Jus gentium* und Gewohnheitsrecht fremder Königreiche und Völker sind der Rechtstitel dieser Beschwerde! Der §. 6 des G. A. 11 : 1741 (!) fordert die Besetzung künftig erledigter Stellen der ungarischen Statthalterei (!) mit Ungarn. Nicht greller kann der Gegensatz von Phrase und Wirklichkeit beleuchtet werden als durch den Vergleich der stolzen Deák'schen These, ehemals habe Ungarn mit seinem Könige seine staatlichen Interessen allein erledigt mit den Daten in Bidermann's Geschichte der österreichischen Gesammtstaatsidee (I. S. 20f, 123, N. 43, II, S. 22f, 152, N. 79, S. 161, N. 85, S. 293, N. 128, S. 327f., N. 238) über das Vorwiegen der Ausländer in den königl. ungarischen Aemtern. Richtig ist vielmehr, dass in Ungarn durch Jahrhunderte ein von den Ideen der Centralisationspolitik erfüllter und centralistisch berathener Monarch mit einem der centralistischen Politik ergebenen Beamtenthum herrschte.

Digitized by Google

ungarischen Sprache nicht gehörig kundige Cameralbeamte ihren Dienst nicht ferner bekleiden könnten.[18])

Der Erfolg der centralistischen Politik wird bekundet durch den unangefochtenen, beziehentlich auch in Ungarn mittelbar anerkannten Rechtsbestand folgender Reichsbehörden: einmal des Hofkriegsrathes, der nach dem G. A. 38:1569 zwei ungarische Dollmetsche in sich schliessen und Gutachten der ungarischen in der Umgebung des Herrschers befindlichen Räthe seiner Erwägung unterziehen soll; anerkannt ist ferner die Wiener Hofkammer als Centralfinanzstelle unter den in diesem Artikel für den Hofkriegsrath aufgestellten Modalitäten, anerkannt ist sie von den Ständen insoferne, als, wenn sie auch gegen die von den Habsburgern hartnäckig festgehaltene Abhängigkeit der ungarischen Kammer von der Wiener Kammer protestiren, sie hinsichtlich der Abfuhr und Verrechnung ein ganz gleiches Verhältniss zwischen beiden Kammern zulassen, wie es jetzt zwischen dem ungarischen und dem Reichsfinanzministerium besteht. Anerkannt ist das *Status Ministerium*, hinsichtlich dessen sich die Stände im §. 4 des G. A. 11:1741 von Sr. Majestät versprechen lassen, dass er zu diesem *Status Ministerium etiam Nationem Hungaram adhibere dignabitur.*[19]) Der Ausdruck bezieht sich auf den gemeinsamen Kronrath auf dem Gebiete der inneren und der äusseren Politik in allen seinen Formen, wie Geheimrath, Staatskanzlei und Staatsrath und auf dessen spätere Umwandlungen. Alle diese centralistischen auf ungarischer Anerkennung beruhenden Behörden gelten als völlig vereinbar mit der Bestimmung des Art. 10:1791, demgemäss *Hungaria cum Partibus annexis sit Regnum liberum, et relate ad totam legalem Regiminis formam (huc intellectis quibusvis Dicasteriis suis) independens, id est nulli alteri Regno aut populo obnoxium, sed*

[18]) Wertheimer, a. a. O. II. Band, S. 86 f. Das hing wohl damit zusammen, dass die Habsburger in die Verlässlichkeit und Verwendbarkeit eines nationalen Beamtenthums kein allzu grosses Vertrauen setzten.

[19]) Die Bitten der Stände und die Zusicherung Maria Theresias beziehen sich auf die damalige Gestaltung des höchsten Kronrathes. Die Wirkung der Zusicherung erstreckt sich aber auf alle künftigen Umbildungen desselben. Vgl. Hock-Bidermann's Der österr. Staatsrath, S. 697, Anm. Mit Unrecht beschränkt Lustkandl a.a.O. S. 267 die Geltung des öster G. A. auf die Staatskanzlei. Er hat jede Form eines ausser dem Hofkriegsrathe bestehenden Reichskronrathes im Auge.

Digitized by Google

propriam habens Consistentiam et Constitutionem, proinde a legitime coronato haereditario Rege Suo . . . . . propriis Legibus et Consuetudinibus non vero ad normam aliarum Provinciarum . . . . regendum et gubernandum. Denn dieses selbe Gesetz, welches in Art. 10 Ungarn für ein unabhängiges, keinem andern Reiche unterworfenes, nur nach seinen Gesetzen zu regierendes Königreich erklärt, verspricht im Art. 17, den Art. 11 : 1741 auszuführen, somit auch Ungarn dem Staatsrath beizuziehen und ökonomisch und sonst qualificirten Ungarn, welche Lust für die diplomatische Laufbahn haben, die Gelegenheit zur Ausbildung in der Reichscentralstelle der geheimen Staatskanzlei zu bieten. Es fungiren ferner Hofkriegsrath, Wiener Hofkammer als Reichsfinanzbehörde auch nach dem Jahre 1791 anstandslos weiter. So enthält denn das in Ungarn viel berufene Gesetz vom Jahre 1791 seine authentische Interpretation in sich selbst, dass es nur zu verstehen sei unbeschadet der unangefochten bestehenden centralistischen Einrichtungen. Es ruht eben auch dieser Gesetzartikel auf der Anerkennung des althergebrachten, schon im §. 1 des Art. 40 : 1567 ausgedrückten Gegensatzes zwischen den *negotia jura et libertates Regni pure et simpliciter concernentia* und den darüber hinausgehenden Angelegenheiten, ein Gegensatz, dem wir beispielsweise auch noch im §. 27 des XII. G. A. 1867 begegnen.[20])

III.

Bis zum Jahre 1804 entbehren nun die hier dargestellten centralistischen Rechtsinstitute, sowie die durch dieselben begründete Staatenverbindung eines angemessenen staatsrechtlichen Eigennamens. Erst in diesem Jahre wird das so „beträchtliche Königreiche und unabhängige Fürstenthümer in sich fassende" Staatsschiff, die ehrwürdige Völkerarche, nachdem sie schwere Stürme überstanden, getauft. Das in den Napoleonischen Kriegen

[20]) Das Gesetz vom Jahre 1792 erneuert im Art. 8, §. 1 die Zusicherung der Zulassung von Ungarn zum Staatsrathe zur Staatskanzlei, verspricht (§. 3 ebenda) *caeteris paribus* in den ungarischen Bergämtern und (§. 4) in den in Ungarn befindlichen Militärämtern Ungarn den Nichtungarn vorzuziehen (Art. 9), für die militärische Ausbildung der ungarischen Jugend in den Militärakademien zu sorgen und bei der Besetzung der höheren militärischen Stellen, bei der Ernennung von Stabsofficieren Ungarn gleichmässig mit den Nichtungarn zu berücksichtigen. Aus diesen Thatsachen, auf welche Lustkandl a. a. O. S. 304 ff. aufmerksam

Digitized by Google

vergossene Blut hat auf deutschem Boden die Idee des nationalen Kaiserthums zum Keimen gebracht, auf österreichischem aber sofort eine neue, der deutschen gegenüber selbständige Kaiseridee, gewissermassen die Idee eines Völkerkaiserthums, hervorgetrieben, das Völker der verschiedensten Zunge, ehemalige Nationalstaaten mit einer altehrwürdigen Geschichte zu einem als besondere Staatspersönlichkeit auftretenden, die Erhaltung und Entwicklung dieser Völker verbürgenden machtvollen Gliede der europäischen Staatengesellschaft zusammenfügt. Es gehörte kein grosser Scharfsinn dazu, zu erkennen, dass die Tage des Deutschen Reiches gezählt seien und dass die bedeutsame innerstaatliche und völkerrechtliche Reflexwirkung, welche der von den Herrschern des Hauses Oesterreich durch Jahrhunderte getragene Titel eines römischen Kaisers zu Gunsten der von ihnen beherrschten Staaten geübt hatte, alsbald ihr Ende werde nehmen müssen. In frischer Erinnerung war noch, wie der französische Convent 1792 dem König von Ungarn und Böhmen der Krieg erklärt und damit in demonstrativ geringschätziger Weise auf die Namenlosigkeit der von den Habsburgern begründeten Staatengemeinschaft und auf die Erborgtheit und Zufälligkeit des Kaisertitels der österreichischen Herrscher hingewiesen hatte. Mit dem Titel König von Ungarn und Böhmen, bei dem übrigens das deutsche Fundament der Monarchie verwischt werden musste und der insofern auch unhistorisch war, konnte man gegenüber dem Kaiser von Frankreich und dem von Russland nicht imponiren. In ihm kam nicht das ganze Machtgebiet des Monarchen zu entsprechendem politischen Ausdruck. Also forderte es schon das Ansehen des mühevoll gegründeten Gemeinwesens, welches schon bisher auf dem Boden der völkerrechtlichen Beziehungen als Einheit aufgetreten war, dass es hinsichtlich seines völkerrechtlichen Namens auf eigene Füsse gestellt werde und nunmehr als Kaiserthum fort-

---

macht, geht hervor, dass Ungarn noch 1792 Nichtungarn als Kammerbeamte der ungarischen Kammer sehen musste, und dass die ungarischen Stände die paritätische Behandlung auf dem Gebiete des militärischen Stellenwesens ebenso wünschten wie auf dem des diplomatischen. Es handelte sich für sie darum, aus der Gepflogenheit, die Centralstellen mit Nichtungarn zu besetzen, welche sich zum Theil auch aus der Abneigung der stolzen ungarischen Aristokratie gegen die Beamtenlaufbahn erklärt, kein Vorrecht der Nichtungarn werden zu lassen.

Digitized by Google

bestehe kraft eigenen Rechtes. Dazu war nun ein Creationsact erforderlich, der sich nicht nur nach aussen, sondern auch nach innen richtete, der nach beiden Richtungen hin Anerkennung heischte. Denn die völkerrechtliche Anerkennung der Wahl eines staatlichen Titels hat dessen staatsrechtlichen Bestand zur Voraussetzung und es wäre auch nichts absurder gewesen, als einen Kaiser zu schaffen, der es nur sein sollte gegenüber fremden Staaten, nicht aber zu Hause, gegenüber seinen eigenen Völkern, deren Zusammenfassung zu einer machtvollen Einheit durch den Kaisertitel dritten Staaten gegenüber bekundet werden sollte. Zur Herbeiführung dieser innerstaatlichen Wirkungen wurde deshalb die Annahme des österreichischen Kaisertitels durch Franz II. gleichzeitig mit der Notification an die fremden Mächte für die nichtungarischen Länder mittels Patentes vom 1. August 1804, für Ungarn und seine Nebenländer mittels eines eine lateinische Uebersetzung dieses Patentes bildenden Rescriptes vom 17. desselben Monates[21]) in rechtsverbindlicher Absicht und in rechtsverbindlicher Weise verlautbart. Das innerstaatliche Substrat des einheitlichen Kaisertitels waren aber die anerkannt gemeinsamen organischen Einrichtungen, von denen bisher die Rede war. Weil nun das Patent und das Rescript diese Einrichtungen nicht neu schuf, sondern denselben nur den ihnen fehlenden Namen gab, und weil auch diesmal wieder die unvollkommene ständische Verfassung keine greifbare Stütze für eine Anfechtung der einseitig ohne Mitwirkung der Stände erfolgten Annahme des Kaisertitels bot, deshalb stellen sich Patent und Rescript auf den Standpunkt, dass der Kaisertitel mit sämmtlichen Länderverfassungen vereinbar sei, und dass an den bestehenden verfassungsmässigen Zuständen nichts geändert werde. Insofern nun das Patent und das ihm entsprechende Rescript darauf berechnet waren, einen hochbedeutsamen politischen Erfolg in möglichst unauffälliger Weise herbeizuführen und denselben auch durch ihre Fassung erreicht haben, müssen diese beiden Staatsacte als eine politische Leistung, als ein centralistisch-diplomatisches Kunststück ersten Ranges bezeichnet werden.

Begreiflicher Weise hat man in Ungarn seit jeher versucht — und ein solcher Versuch findet sich auch in Deák's Streit-

[21] Vgl. die Gegenüberstellung der beiden Documente im Anhang.

Digitized by Google

schrift gegen Lustkandl[22]) —, die Bedeutung der Proclamation des Kaisertitels, mit verbindlicher Wirkung auch für Ungarn, abzuschwächen.[23]) So misslungen alle diese Versuche sind, so bildet die stete Wiederkehr derselben einen Beweis einerseits dafür, dass auch in Ungarn die in seiner staatsrechtlichen Literatur sich ausdrückende, aus einem letzten Reste politischen Gewissens gegenüber dem gemeinsamen Staatsrecht der Vergangenheit stammende Empfindung obwaltet, es habe der G. A. XII, 1867 denn doch mehr als eine blosse Restauration des vor 1848 bestandenen ungarischen Staatsrechtes herbeigeführt, andererseits dafür, dass die bisherigen Versuche der Widerlegung dieser These nicht als schlagend erachtet werden.

In neuester Zeit hat nun der oft erwähnte Anonymus des Pester Lloyd und der Münchner Allgemeinen Zeitung, gestützt auf eine Abhandlung des Mitglieds der ungarischen Akademie der Wissenschaften Dr. Ernest Nagy über „Die Annahme des österreichischen Kaisertitels" des breiteren ausgeführt, dass die Proclamation des Kaisertitels Ungarn staatsrechtlich nicht berühre, sich auf ungarisches Gebiet nicht beziehe, und dass seine Verlautbarung für Ungarn keine weitere Bedeutung als die der Mittheilung eines freudigen Familienereignisses seines königlichen Hauses besessen habe.

Herr J. Sch. muss nun — und, wie ich zugeben will, hat er dies nicht grundlos gethan — vorausgesetzt haben, dass er bei seinem ungarischen Publicum gegenüber einem „in fixe Ideen verrannten" österreichischen Schriftsteller[24]) von vornherein Recht behalten werde, dass aber bei dem reichsdeutschen und auch bei dem österreichischen Publicum der Münchner Allgemeinen das Interesse an der ganzen Controverse wegen ihrer wesentlichen retrospectiven Natur ein viel zu geringes sei, als dass er eine Erprobung seiner Ausführungen an dem Texte der

[22]) A. a. O. S. 205.

[23]) Die darauf bezüglichen Ausführungen Deák's sind wohl die schwächsten des ganzen Werkes. Nach Deák hätte nur eine Titelannahme von der Art stattgefunden, wie sie sich in der Annahme der römischen Kaiserwahl und des hiemit verbundenen Kaisertitels vollzogen hätte, welche Ungarn nur zur erfreulichen Kenntnissnahme mitgetheilt worden sei!

[24]) Vgl. „P. Lloyd", Nr. 252, 1897. In Nr. 229 bezeichnet er die in den Köpfen der österreichischen Staatslehrer über die Natur des Dualismus herrschende Confusion als eine geradezu heillose.

Digitized by Google

massgebenden Urkunden zu besorgen hätte. Anderenfalls hätte er sich einer grossen Leichtfertigkeit schuldig gemacht. Im folgenden sollen nun diejenigen, die dem Gegenstand überhaupt noch ein Interesse entgegenbringen, dieser Mühe enthoben werden, einer Mühe, die allerdings eine sehr geringe ist, da die völkerrechtliche und staatsrechtliche Tendenz der Kaiser-Proclamation aus allen Ecken und Enden des Patentes wie des Rescriptes hervorleuchtet. Dem Rescripte als der für Ungarn massgebenden Form wird der Vortritt gelassen.

Das Rescript gibt sich vor allem als ein für Ungarn bestimmter Befehl, als Act des staatlichen *Imperiums*. . . . . *„clementer praecipimus, ac mandamus“;* heisst es an einer Stelle, *„ut immediate post Nostrum qua Electi Romano Germanici Imperatoris titulum Haereditarii Austriae Imperatoris titulus inseratur.“* Ferner: *„Cum interim inde a suscepto per Nos ditionum Nostrarum gubernaculo, in possessoriis Augustae Domus Nostrae, variae mutationes enatae, solennibusque tractatibus constabilitae sint hinc advolutam juxta modernum statum neo-regulatum titularem formam hisce promulgandam disponimus, una clementer praecipientes: ut nova isthaec tituli ratio in posterum loco praevigentis introducatur et adhibeatur . . . . . Secundo: Tam nostris, quam Nostrorum in Augustae Domus Austriacae regimine descendentibus Caesareo-Regiorum principum titulus . . . tribui et clari debeat.“* Endlich: *„Hanc itaque benignam resolutionem declarationemque nostram vobis eo cum mandato clementissimo hisce significandam esse duximus: ut illam tum in gremio sui cum vero in palatinali Jazygum, Cumanorumque districtu, ac oppidis Hajdonicalibus promulgandam, publicandam, ac observandam illico procuretis.*

Das Proömium der Proclamation bezeichnet in der deutschen Fassung den Annahmeact wörtlich als Ausfluss der Sorgfalt des Monarchen als Regenten nicht blos des Hauses, sondern auch der Monarchie von Oesterreich für die Wahrung der völkerrechtlichen Bedeutung der Souveräne Oesterreichs, die ihnen sowohl vermöge des Alters ihrer Dynastie als auch vermöge ihres Staatenbesitzes zukomme. Deshalb verleiht der Kaiser dem Hause Oesterreich den Titel nicht als blossen Haus- und Familientitel kraft seiner Hausgewalt oder nach Fürstenrecht, sondern kraft seiner staatsrechtlichen monarchischen Verordnungsgewalt, wie dies

Digitized by Google

Punkt 5 ausdrücklich hervorhebt, mit Rücksicht auf dessen unabhängige Staaten. So auch das lateinische Rescript: *Quanquam Nos favente divina elementia, et per electionem Romano-germanici imperii electorum ad tantam pertigerimus dignitatis eminentiam, ut Nobis pro augusta persona nostra nulla amplius titulorum splendorisque accessio desideranda supersit; Nostra attamen, qua Domus et Monarchiae Austriacae regnantis principis cura et sollicitudo eo dirigi debuit: ut perfecta illa — tituli, haereditariaeque dignitatis cum maxime conspicuis Europae regnantibus manuteneatur constabiliaturque — aequalitas, quae Austriae principibus tum ob augustae domus suae splendorem ab antiquissimis repetendum temporibus, cum vero ob amplitudinem, populationemque monarchiae hujus e compluribus illustribus regnis ac indepedentibus principatibus consistentis competit, perque longaevum in jure gentium radicatum exercitium, publicosque tractatus asserta habetur.*

Ist schon durch die Fundation des Kaisertitels auf die *Monarchia Austriaca e compluribus regnis ac principatibus consistens* die objective staatsrechtliche Bedeutung desselben genügend gekennzeichnet, so erhält dieselbe eine weitere Bekräftigung durch die Erklärung, es habe dem Monarchen gut geschienen, *pro nobis Nostrisque in inseparabili regnorum et independentium ditionum Nostrarum regimine successoribus titulum et dignitatem haereditarii Imperatoris Austriae, utpote Augustae Domus nostrae cognomine assumere et stabilire.* Also soll der Titel keinen Additionaltitel für den König von Ungarn, von Böhmen, für den Erzherzog von Oesterreich, sondern einen alle Königs- und Fürstentitel überragenden Titel bilden und zum Ausdruck bringen, dass alle diese Königreiche, Fürstenthümer und Provinzen zusammen eine untrennbare Einherrschaft bilden: die *Monarchia Austriaca* mit dem *haereditarius Austriae Imperator* an der Spitze. Dem Monarchen gebührt der Titel weder als König von Ungarn allein, noch als König oder Fürsten eines oder mehrerer ihm untergebener anderer Staaten, sondern nur als Herrscher über das ganze ihm unterworfene Gebiet. In dem deutschen Patente wird durch die noch von der patrimonialen Staatsauffassung beherrschte Stelle: „In Gemässheit dessen, haben Wir ... beschlossen, für Uns

Digitized by Google

und Unsere Nachfolger in dem unzertrennlichen Besitze Unserer unabhängigen Königreiche und Staaten[25]), den Titel und die Würde eines erblichen Kaisers von Oesterreich ... anzunehmen", der Kaisertitel geradezu auf das ganze Herrschaftsgebiet des Hauses Oesterreich oder, wie sich die Erläuterung des grossen 1804 geschaffenen Kaiserwappens wörtlich ausdrückt, auf den ganzen Complexus der Monarchie radicirt.[26]) Diese deutsche Stelle enthält aber wiederum einen deutlichen Hinweis auf die *regna et provinciae haereditariae inseparabiliter cum Regno Hungariae possidendae* des §. 7 der ungarischen pragmatischen Sanction. Die Tendenz, einen staatsrechtlichen Titel für den Monarchen als gemeinsamen Herrscher des durch die pragmatische Sanction nach aussen geeinten, nach innen durch gemeinsame Einrichtungen verbundenen Gebietes, und zugleich einen Gebietstitel zu schaffen, ist also eine greifbare. Zum Schlusse des Rescriptes wird die unificatorische Bedeutung des Kaisertitels bis zu einem für das ungarische Staatsrecht nicht unbedenklichen Grade gesteigert durch die von dem Kaiser ausgesprochene Erwartung *nulli caeteroquin dubitantes quod universum percharum regnum Nostrum Hungariae praesentem in constabiliendum uniti haereditariorum ditionum nostrarum corporis splendorem directam dispositionem nostram cum gratitudine patrioticoque solatio tanto plus sit excepturum, quod sicut semper, ita nunc quoque apertissimum documentum dederimus, Nos memores diplomaticae Nostrae inauguralis assecurationis in hoc etiam eo clementer respexisse quod ad augendum majorem totius monarchiae splendorem dignitatemque suscipiendum decrevimus.* Zu deutsch: Gleichwie Wir nicht zweifeln, dass sämmtliche Stände und Unterthanen derselben diese gegenwärtige, auf die Befestigung des Ansehens des vereinigten österreichischen Staatenkörpers zielende Vorkehrung mit Dank und patriotischer Theilnehmung erkennen werden. So findet denn im Jahre 1804 die Gesammtstaatspolitik

---

[25]) Dieser patrimonialen Staatsauffassung, welche die monarchischen Staaten als Besitzungen ihrer Monarchen auffasst, begegnen wir sogar noch in dem englisch-österreichschen Staatsvertrage vom 30. April 1868, R. G. Bl. Nr. 81, wie denn überhaupt die völkerrechtliche Praxis noch mit vorsintflutlichen staatsrechtlichen Begriffen operirt.

[26]) P. G. O., Bd. XXII, S. 79.

Digitized by Google

durch eine staats- und völkerrechtliche Bezeichnung der durch die pragmatische Sanction gefestigten *unio sub Domus Austriacae Clementissimo Gubernio in aevum perdurans* ihren epochalen Abschluss.[27])

Modern gefasst lassen sich folgende Verfassungsrechtssätze aus dem Patente und dem Rescripte abziehen:

1.

Sämmtliche vom Hause Oesterreich beherrschten Königreiche, Fürstenthümer und Provinzen bilden zusammen die österreichische Monarchie.[28])

2.

Die österreichische Monarchie bildet im Verhältniss nach aussen eine einheitliche Persönlichkeit (ein *unitum corpus*, den österreichischen Staatenkörper).

3.

Der nach dem gemeinsamen Thronfolgerecht zur monarchischen Herrschaft Berufene führt in seiner Eigenschaft als Herrscher über das ganze untrennbare, dem Hause Oesterreich untergebene Gebiet der Monarchie und vermöge der untrennbaren Vereinigung der monarchischen Gewalten über dieses ganze Gebiet den Titel: erblicher Kaiser von Oesterreich.

4.

Der erfolgte Antritt[29]) der in einer Hand vereinigten und staatsrechtlich untrennbaren Herrschaft über das ganze Gebiet der Monarchie erhält durch eine feierliche Krönung des Herr-

[27]) Vgl. §. 4 der ständischen *Praefatio* zum G. A. II, 1722.23.

[28]) *Monarchia* ist fortan in den ungarischen Gesetzen der technische Ausdruck für das Gesammtreich. Ungarn für sich allein führt diese Bezeichnung nicht, es heisst immer nur *regnum*, ein Beweis, dass der Bezeichnung *Monarchia* auch in Ungarn staatsrechtliche Bedeutung zukam. Vgl. z. B. die *Praefatio* zum Gesetze vom Jahre 1805: *Quia tamen externae securitati totius Monarchiae et perchari Hungariae Regni hostilia consilia jam proprius minari videbantur.* ferner G. A. 38:1827.

[29]) Staatsrechtlich correct hätte deshalb wegen der in der Proclamation enthaltenen Anerkennung des ungarischen Krönungswesens die Kaiserkrönung erst nach erfolgter Krönung des Monarchen zum ungarischen König stattfinden können, etwa wie die Krönung des römischen Kaisers erst nach erfolgter Krönung des Gewählten zum deutschen König und zum König von Italien vollzogen wurde.

Digitized by Google

schers als erblichen Kaisers von Oesterreich die ihm gebührende Weihe.

5.

Die Verwendung des Titels Kaiser von Oesterreich ist seiner Bedeutung gemäss in Zukunft unerlässlich bei der Vornahme aller völkerrechtlichen Acte des Monarchen, dann bei der Vornahme solcher staatlicher Acte seitens desselben, welche sich auf die für das ganze Gebiet der Monarchie gemeinsamen, fortan als kaiserlich zu bezeichnenden[30]) Einrichtungen beziehen, kraft welcher dieselbe eine rechtliche Einheit bildet.

6.

Insoferne durch die Festsetzung des Kaisertitels nur die zwischen allen Bestandtheilen der Monarchie ohnedies bestehende staatliche Gemeinschaft (der Bestand eines *unitum corpus,* einer *unio in aevum perdurans*) ihren entsprechenden Ausdruck erhält, erscheint sie mit den Sonderverfassungen derselben vereinbar. Dieselben bleiben auch in ihrem bisherigen Bestande unberührt und werden neuerlich bekräftigt und bestätigt.

Sonach zieht die Proclamation des Kaisertitels die Summe der mehrhundertjährigen centralistischen Politik des Hauses Oesterreich in einer sich scharf ausprägenden staatsrechtlichen Form, und wenn deshalb unser Anonymus in der „Allgemeinen Zeitung", gestützt auf die Ausführungen Ernest Nagy's, behauptet, dass der Kaisertitel von Anbeginn nur eine dynastische Bedeutung besessen habe[31]), so compromittirt er damit nur die in ungarischer Sprache geschriebenen Erörterungen seines Gewährsmannes.

[30]) Dies besagt ausdrücklich die Erläuterung des grossen Wappens und Majestätssiegels in der Beilage des Patentes vom 4. August 1804, P. G. S., Bd. XXII, Nr. 20, sowie in der Beilage zum Patente vom 6. August 1806, P. G. S., Bd. XXVII, Nr. 1.

[31]) Nr. 4, S. 6. Ich muss zu Ehren Nagy's annehmen, dass J. Sch. seine Ausführungen in gleicher Weise entstellt hat wie die meinen. Der Kaisertitel soll nur als dynastischer Haustitel gedacht gewesen sein. Und doch ist er auch wieder nach den Citaten aus Nagy vor allem von internationaler Bedeutung. Ist aber eine solche ohne staatsrechtliche Unterlage denkbar und war die Proclamation nicht als staatlicher Befehl auch nach innen gerichtet? Dieser Titel bezeichnete auch nach Nagy fortan die Monarchie und diente der Sicherung ihrer Ranggleichheit gegenüber dritten Staaten. Auch nach Nagy ist

Digitized by Google

IV.

Welches war nun die Aufnahme der innerstaatlich als monarchischer Befehl erlassenen Proclamation des Kaisertitels in Ungarn? Wer die Empfindlichkeit der ungarischen Stände früherer Epochen in Verfassungssachen in Betracht zieht, wie sie sich insbesondere in den der Kaiserproclamation nicht so lange vorhergegangenen Jahren 1790 und 1791 geäussert hat, müsste glauben, dass die Proclamation trotz ihrer an vier Stellen wiederholten Gewährleistung der ungarischen Verfassung eine tiefe Bewegung des Volkes und die nachdrücklichsten Proteste der Stände hervorgerufen habe. Die Geschichte der Ständestaaten, aus denen die habsburgische Monarchie hervorgegangen ist, lehrt nämlich, dass jeder Vorstoss des centralistischen Absolutismus gegen die ständischen Sonderstaatsverfassungen mit salvatorischen Clauseln zu Gunsten ihres Fortbestandes verbunden war. Dasselbe Rescript Maria Theresia's, mit dem sie den vereinigten Ländern der böhmischen Krone ihre Hofkanzlei nahm, betont die Nothwendigkeit, den böhmischen Landesofficieren die durch die uralte Landesverfassung gewährleistete Rechts-

---

der Besitz der unabhängigen Staaten die Basis des Kaisertitels, also derselbe auf das Gebiet dieser sämmtlichen Staaten fundirt. Und doch soll wieder keine Art staatsrechtlicher Verknüpfung zwischen diesem Titel und den Staaten der Monarchie bestehen! Gewiss will der Kaisertitel keine Aenderung an den bestehenden Verfassungen der Königreiche, Fürstenthümer und Provinzen herbeiführen, allein nur deshalb, weil er davon ausgeht, dass in dem ganzen Umfange staatlicher Angelegenheiten, für welche alle diese Königreiche eine *Monarchia (e compluribus Regnis ac principatibus consistens)*, ein *unitum haereditariarum ditionum corpus* bilden, die Wahl des Ausdruckes *Monarchia Austriaca* und die Annahme des österreichischen Kaisertitels an dem Bestehenden keine Aenderung hervorbringe, sondern dasselbe durch eine angemessene staatsrechtliche Nomenclatur declarire. Diese prägnanten, die Motive der Proclamation scharf ausprägenden Wendungen lassen sich nun einmal nicht weglöschen. Man muss ein sehr gedankenloses Leserpublicum voraussetzen, wenn man in einer Abhandlung glaubhaft zu machen versucht, es habe Franz II. — der doch weder als Beherrscher der nichtungarischen Länder allein, noch als König von Ungarn allein, sondern nur kraft seiner staatsrechtlichen Beziehung zu dem ganzen, grossen, ihm untergebenen Gebiete, dasselbe als Unterlage einer einheitlichen Macht präsentirend, auf Anerkennung seiner Kaiserwürde rechnen konnte — an eine staatsrechtliche Verknüpfung derselben mit dem ganzen Gebiete seiner Herrschaft nicht gedacht und es sei ihm nichts daran gelegen gewesen, ob die *Monarchia Austriaca* als Einheit oder als eine Summe völlig zusammenhangloser Staaten gelte.

Digitized by Google

stellung zu wahren.[32]) Auch in dem Patente und im Rescripte des Jahres 1804 beschliesst der Kaiser festzusetzen, dass sämmtliche Königreiche, Fürstenthümer und Provinzen ihre bisherigen Titel, Verfassungen, Vorrechte und Verhältnisse fernerhin unverändert beibehalten sollen, und dass es wie bei der böhmischen, so auch bei der ungarischen Königskrönung ohne Abänderungen in Zukunft verbleiben solle.[33]) In welchem schroffen Gegensatze standen aber die wirklichen Verfassungsverhältnisse in den nichtungarischen Ländern zu dieser pompösen Anerkennung! Auf eine *reservatio contraria facto* mehr oder weniger kam es der centralistischen Politik nicht an. War ferner der Abschluss von Staatsverträgen durch den römischen Kaiser mit der Wirksamkeit für die ganze habsburgische Monarchie nicht auf Widerstand gestossen, weil an eine organische Verbindung des römischen Kaiserthums mit dem Königreiche Ungarn nicht gedacht werden konnte, so sollte nach dem Proclamationsacte Ungarn fortan kraft ausdrücklicher staats- und verfassungsrechtlicher Satzung völkerrechtlich durch die österreichische Firma verdeckt sein. *Monarchia austriaca*, *corpus unitum*, vereinigter österreichischer Staatenkörper — alle diese Wendungen hätten doch wie ein Schlachtruf an das Ohr der ungarischen Nation dringen müssen, mochte auch immerhin — wegen der grossen Kunst, mit der die Proclamation sich an die unbestrittenen Ergebnisse der centralistischen Politik anschmiegte und wegen der Unsicherheit der Begrenzung der königlichen Prärogative durch das Mitwirkungsrecht der Stände — in dem positiven Rechte ein fester Stützpunkt für die Anfechtung des Actes nicht gefunden werden können. Aber welches verfassungseifrige Volk kümmert sich um juristische Gründe, wenn es Gefahr für seine Verfassung wittert?

Indess trat etwas ein, was wir vom Standpunkte unserer unzulänglichen Kenntniss von der Psychologie der Massen, als

---

[32]) Maasburg, Geschichte der obersten Justizstelle in Wien, S. 352.

[33]) Auch diese dispositive Fassung, die auch im lateinischen Rescripte wiederkehrt, als wäre der Fortbestand der ungarischen Verfassung monarchischer Verfügung unterlegen, hätte in Zeiten einer grösseren politischen Regsamkeit Bedenken hervorrufen müssen. Was hat der König anzuordnen und festzusetzen, dass Verfassung und Krönung unverändert fortbestehen sollen?

Digitized by Google

politische Zufälligkeit, Unbegreiflichkeit bezeichnen müssen.[34]) Der Widerstand gegen die Rückwirksamkeit des Kaisertitels auf Ungarn, den man auf Grund der durch die Geschichte vermittelten Kenntniss des ungarischen Volkscharakters erwarten zu dürfen glaubt, blieb vollständig aus. Freilich wird auch dies in der von Herrn J. Sch. im „Pester Lloyd" versuchten politischen Rettung der damaligen repräsentativen Collegien Ungarns geleugnet. Was aber bringt er zu ihrer Vertheidigung vom nationalen Standpunkte vor? Ein Anlass zu einem Proteste gegen das deutsche Patent habe nicht bestanden, weil dasselbe niemals *legis vicem* in Ungarn besessen habe und verfassungsrechtlich auch nie habe erlangen können. Allein das lateinische, für Ungarn erlassene Rescript ist, wie gezeigt, in allen entscheidenden Punkten eine blanke Uebersetzung des deutschen Patentes. Ferner hätten die ungarischen Jurisdictionen den Kaiser zur Annahme des Titels beglückwünscht unter gleichzeitigem Ausdruck ihrer Freude über die erfolgte nachdrückliche Anerkennung der ungarischen Verfassung. Sch. führt ferner an: In den Jahren 1805 und 1807 wurden auf dem ungarischen Reichstag seitens einer Minorität Bedenken gegen die einseitige Erlassung der Proclamation rege gemacht und eine gesetzmässige Garantie gegen etwaige, der ungarischen Verfassung nachtheilige Folgerungen aus derselben geheischt. Die Majorität lehnt aber alle darauf gerichteten Anträge ab mit der über den Inhalt des Rescriptes durchaus irreführenden Motivirung, dass sich der Inhalt des Rescriptes auf Ungarn nicht beziehen könne, da das Kaiserthum mit dem Lande und der ungarischen Verfassung nichts zu thun habe, und dass gerade ein Nachgeben gegenüber dem Antrage der Minorität ein verfassungsrechtliches Präjudiz begründen könne. Einerseits steht nun diese Motivirung in offenem Widerspruche mit dem Inhalte des Rescriptes, welches die Anerkennung des Titels und seine Verwendung in Ungarn anbefiehlt und ihn mit der unzertrennlichen Herrschaft über alle Erbreiche des Hauses in staatsrechtliche Verbindung bringt, andererseits bildet die von der Reichstagsmajorität beobachtete Vogel-

[34]) Im parteipolitischen Jargon ist dafür die Bezeichnung Dummheit gebräuchlich.

Digitized by Google

Strauss-Politik gegenüber einem Acte mit so deutlicher Tendenz eine ganz vereinzelte Erscheinung in der ungarischen Verfassungsgeschichte, insofern die ungarischen Stände sich früher niemals bei der von ihnen angenommenen Unwirksamkeit eines monarchischen Regierungsactes beruhigten, sondern mit Berufung auf seine Unwirksamkeit dessen formelle Zurücknahme und Enthaltung von künftiger Wiederholung offen forderten.[35]) Jedenfalls hatte diese diplomatische Haltung des Reichstages und der Jurisdictionen zur Folge, dass keinerlei Protest gegen den Kaisertitel und die ihm vom Kaiser beigelegte Bedeutung an den Hof gelangte, und dass die der Proclamation nachgefolgten, in das ungarische Gesetzesarchiv aufgenommenen Gesetzesausfertigungen, den Befehl der Proclamation vollziehend, den Kaisertitel mit dem Vortritt vor den ungarischen Königstitel enthalten.[36]) Es kann somit nicht bezweifelt werden, dass der Kaisertitel in seiner rescriptsmässig festgestellten staats- und völkerrechtlichen Bedeutung ein auch für Ungarn zu unangefochtener Wirksamkeit gelangtes Rechtsinstitut geworden ist. Für ungarische Leser sei hier noch beigefügt, dass auch nach Deák die Proclamation des Kaisertitels in Ungarn in verfassungsmässiger Form ohne Verletzung der materiellen Bestimmungen der ungarischen Verfassung und, ohne Einsprache zu erfahren, publicirt wurde.[37])

---

[35]) Vgl. z. B. schon G. A. 40, 1567: *Deinde supplicant Status et Ordines Regni Majestati Caes. et Reg. humiliter, dignetur ... clementer mandare, ne, sicuti hactenus, ita deinceps quoque Mandata aliqua ex Cancellaria Germanica in Hungariam expediantur, quae non tantum literis Hungaricis sed antiquae etiam Regni libertati sunt contraria, atque adeo benigne jubere, ut (quem ad modum se facturam clementer obtulit) literae illae, quae ex aula Majestatis Suae expediendae sunt in Hungariam in negotiis jura et libertates pure et simpliciter concernentibus, non aliunde quam ex Hungaria Cancellaria expediantur.*

[36]) Man vgl. z. B. das *Decretum quartum Francisci II.* vom Jahre 1805, sowie die darauf folgenden im *Corpus juris Hungarici* abgedruckten Gesetze. Erst anlässlich der Krönung Ferdinands V. (1830) demonstrirten die Ungarn gegen die Kaiserwürde zugunsten der Reinheit des ungarischen Krönungsactes. Bidermann, Juristische Blätter. Jahrg. 1877, S. 227. Die Verwendung des Kaisertitels blieb aber hievon unberührt.

[37]) In Nr. 239 des „Pester Lloyd" bezichtigt mich Herr J. Sch. bewusster, grober Fälschung wegen meiner Bemerkung, das Patent vom Jahre 1804

Digitized by Google

V.

Die geheimen Wünsche, welche trotz aller in den Urkunden über den Kaisertitel enthaltenen Zusicherungen über die Unversehrtheit der Länderverfassungen, in den Herzen ihrer Urheber schlummerten, erfahren eine bemerkenswerthe Beleuchtung in dem Vortrag der k. k. geheimen Haus-Hof- und Staatskanzlei

---

hätte publicirt werden können, ohne die nachdrücklichsten Proteste der ungarischen Stände hervorzurufen. Ich könnte unmöglich in Unkenntniss der Stelle aus G. A. XII, 1790/91, sein: *Status et Ordines Regni securos reddens, nunquam per Edicta seu sic dictas Patentales . . . Regnum et partes adnexas gubernandas fore, Expeditione Patentaliuum ad eum dumtaxat Casum reservata, ubi in rebus legi alioquin conformibus Publicatio debito cum effectu hac unica ratione obtineri valeret.* Danach sei aber die Verwaltung Ungarns durch Machtsprüche oder sogenannte Patente ausgeschlossen. Diese von Herrn J. Sch. vorgenommene Deutung der Stelle ist aber — und ich folge hier wieder der durch den Text bestätigten Auslegung Deák's — ganz falsch. Es handelt sich hier durchaus nicht um das Verbot einseitig erlassener königlicher Verordnungen oder Machtsprüche, sondern um die Sicherung ihrer gehörigen Publication. Dieselbe soll durch Mittheilungen an die Jurisdictionen erfolgen, nicht durch „Patente", welche nur an die Regierungsbehörden ergehen. Deshalb soll auch die Publication selbst gesetzmässiger Verordnungen in der „Form der Patente" grundsätzlich verboten sein, den Fall des Nothstandes ausgenommen, in welchem etwa wegen partieller Besetzung des Landes durch den Feind die Form des Patentes die allein durchführbare sei. Patent bedeutet also eine regelmässig unstatthafte Form der Publication eines königlichen Erlasses, abgesehen von seinem Inhalt, nicht aber das Verbot solcher Erlässe überhaupt (Deák, a. a. O. S. 194 ff.). Also kann auch nach ungarischem Verfassungsrecht die Proclamation nicht darum allein ungiltig sein, weil sie einseitig, also als Machtspruch erlassen wurde. Als einseitiger monarchischer Act stehen sich das österreichische Patent und das Rescript völlig gleich. Nur wegen der eigenthümlichen Bedeutung des Wortes Patent in Ungarn wird dasselbe für das Rescript nicht verwendet. Nun gesteht auch die höchst befangene Darstellung Deák's zu, dass der Inhalt des Rescriptes grossentheils dem Inhalte des Patentes ähnlich ist und verwendet deshalb das Patent zur Auslegung des Rescriptes (a. a. O. S. 205 ff.), auch nach Deák (a. a. O. S. 204 ff., S. 194 ff., S. 206) ist das Rescript in ordentlicher gesetzlicher Form und in einer dem ungarischen Gesetze nicht widerstreitenden Angelegenheit erlassen worden, auch nach Deák (a. a. O. S. 205 f.) wurde gegen das königliche Rescript von Seiten Ungarns keine Einsprache erhoben. Ihm schliesst sich an Wertheimer (a. a. O. S. 199), nach welchem der Kaisertitel in Ungarn feierlich und widerstandslos verlautbart wurde, endlich Herr J. Sch. selbst in der A. Z. Nr. 4, S. 6. Damit ist der oben berührte pamphletistische Ausfall Sch's. gegen mich — als Probe seiner Unkenntniss sowohl der ungarischen Verfassung wie ihrer Geschichte, als auch der dürftigen Literatur des ungar. Verfassungsrechts — genügend gekennzeichnet.

Digitized by Google

vom 6. September 1806 betreffend die Verwendung eines einheitlichen Siegels für alle unter der Herrschaft des Kaisers stehenden Königreiche und Länder unter Aufhebung des besonderen ungarischen Königssiegels. Sei doch bei Einführung der österreichischen Kaiserwürde der doppelte Zweck vor Augen gewesen, für den äusseren Glanz des allerdurchlauchtigsten Hauses zu sorgen, nebstbei aber eine neue, allen Erbstaaten gemeinschaftliche staatsrechtliche Bezeichnung [38]), einen Vereinigungspunkt und ein Symbol der Einheit aufzustellen, woran es bis dahin gefehlt hatte. [39]) Im selben Monate beantragt die vereinigte Hofkanzlei unter Beitritt der Staatskanzlei die Schaffung eines einheitlichen von dem Unterschiede zwischen ungarischem und nichtungarischem Adel absehenden Adels für die ganze Monarchie. Der Kaiser gibt den Verfassungsbedenken der ungarischen Hofkanzlei gegen diese Vorschläge nach. Dafür schlägt nun Herr J. Sch. und nach seinen Mittheilungen auch Nagy für Franz II., als Paladin der ungarischen Verfassung gegenüber den für deren Vernichtung kämpfenden Hofstellen, in die Pauke. Niemand würde sich darüber mehr wundern als der so Gefeierte und die ungarischen Stände seiner Zeit, wenn sie aufstehen und diesen seltsamen Panegyrikus lesen könnten. Aus der Haltung des Kaisers gegenüber den beiden Vorschlägen folgt nicht mehr, als was schon bisher bekannt war, dass Franz II. seine auf die Herstellung eines absolutistischen Einheitsstaates gerichteten Pläne nicht consequent verfolgte. Dass er sie hegte, dass sie seine Gedanken erfüllten und sein politisches Regierungsprogramm bildeten, dass er selbst dem Ziele auf Umwegen zustrebte, ist aber historisch bezeugt und den ungarischen Ständen seiner Zeit, welche gegen die Schaukelpolitik des Kaisers

[38]) Diese Interpretation ist umso bedeutungsvoller, als die Anregung zur Proclamation des Kaiserthums zweifellos von der Staatskanzlei ausgegangen war. Sie kann im materiellen Sinne des Wortes als authentische Interpretation gelten.

[39]) Sch. führt diesen Vorschlag der Staatskanzlei und dessen Erledigung als eine für die Erkenntniss der Bedeutung des Kaisertitels epochale Entdeckung Nagy's an. Allein er hätte, wenn ihm die Literatur der ungarischen Geschichte geläufig wäre, den Hinweis auf diesen Vorschlag und auf dessen Schicksal schon auf S. 58 f., Bd. II der Geschichte Oesterreichs und Ungarns von Wertheimer finden können.

Digitized by Google

bittere Klage führten, galt er als Ausbund schlauer Berechnung. Unhistorisch und schülerhaft ist überhaupt die Annahme, als wäre, wenn man etwa von Josef II. und der Politik des Jahres 1849 absieht, der habsburgische Centralismus immer direct auf sein Ziel losgegangen. Er verfährt im Gegentheil immer nur *ratione temporum habita*, also bald energisch, bald behutsam, wie es die politischen Verhältnisse gestatten. In gewissen Augenblicken verfällt sogar Josef II. dieser oscillirenden Politik, soferne er sich in ein gewissenhaftes Studium der ungarischen Verfassung vertiefen möchte, um die Grenzen der königlichen Prärogative kennen zu lernen.[40]) Diesem schwankenden, aber im endlichen Ergebnisse dem absolutistischen Einheitsstaate zusteuernden Curs begegnen wir auch bei Franz II. Wir sprechen nicht von den zahlreichen directen Verletzungen der ungarischen Verfassung, welche die ungarischen Stände dem Kaiser zur Last legten; viel bezeichnender als alles erscheint uns seine Haltung gegenüber den Vorschlägen seiner Brüder betreffend die Herstellung einer Reichs-Repräsentativ-Verfassung. 1809 räth Erzherzog Rainer dem Kaiser zur Regeneratian des Reiches auf Grund der Umwandlung desselben einschliesslich Ungarns zu einer Nation mittels einer die Ideen der ungarischen Verfassung auf das Reich übertragenden Gesammtverfassung. Man solle doch einmal versuchen, die verfassungsmässige Entwicklung Ungarns über die anderen Länder zu führen, statt wie bisher umgekehrt.[41]) 1810 erstattet Erzherzog Palatin Josef den gleichen Vorschlag, alternativ mit dem, Ungarns Staatlichkeit schärfer auszugestalten.[42]) Der Kaiser gibt aber dem Plane den Vorzug, die ungarische Verfassung so viel als möglich auf gesetzmässigem Wege (d. h. in der Sprache Franz II. schonend und unauffällig)

[40]) So theilt der Kaiser 1784 dem ungarischen Hofkanzler Grafen Esterhazy unter dem 13. November ein Croquis mit, das er für den persönlichen Gebrauch über das Wesen der ungarischen Verfassung entworfen hat. Hock-Bidermann, „Der österreichische Staatsrath", S. 181 Anm., dann S. 198 ff.

[41]) Eduard Wertheimer, „Zwei Denkschriften aus den Jahren 1808 und 1809". Archiv für österreichische Geschichtsquellen, Bd. LXXVIII, S. 308 ff.

[42]) Derselbe, „Palatin Erzherzog Josef's Gedanken zur Regenerirung Ungarns und Oesterreichs im Jahre 1810". Ungarische Revue, Jahrg. 1884, S. 348 ff., 352.

Digitized by Google

der Verfassung der übrigen Provinzen zu nähern.[43]) Der patriarchalische und zugleich centralistische Absolutismus steckte ihm eben in allen Fasern.

Man darf deshalb nicht wie Sch. und sein Gewährsmann es thun, aus dem Umstande, dass der Kaiser 1806 einen neuen Vorstoss im Sinne der Herstellung eines absolutistischen Einheitsstaates aus der ganzen Monarchie — wie er ihn vor- und nachher mehr als einmal unternahm — nicht versucht hat, folgern, Franz II. habe die mit der protestlos erfolgten Verlautbarung des Kaisertitels im Jahre 1804 errungenen, seinen Plänen zustatten kommenden Vortheile ohne Noth preisgeben und den Kaisertitel etwa auf die nichtungarischen Länder reduciren wollen. Bei dem Unkundigen könnte durch die magyarisch gefärbte Darstellung Sch.'s und Nagy's leicht der Irrthum entstehen, als habe 1806 ein Reichssiegel für die ganze Monarchie gar nicht bestanden. Nichts wäre falscher als eine solche Annahme. Es ist nämlich bereits mit der Proclamation des Kaisertitels im Jahre 1804 ein grosses und mittleres kaiserliches oder Reichswappen mit dem ihm entsprechenden Majestätssiegel geschaffen worden, deren ersteres unter anderem zur Verwendung gelangen soll bei ausserordentlichen feierlichen Anlässen im Innern der Monarchie, bei allen wichtigen Tractaten mit auswärtigen Staaten, bei Allianzen, Friedensschlüssen, Creditiven, Recreditiven, Instruction für k. k. Minister an fremden Höfen.[44]) Dieses grosse und mittlere Wappen und Majestätssiegel wird 1806 im Anschluss an die Niederlegung der römischen Kaiserwürde — das mittlere auch später bei eintretenden Gebietsverträgen reformirt[45]), ein Beweis, dass der Kaisertitel ein auf das jeweilige Gebiet der Monarchie radicirter Titel bleibt. 1806 wird auch

[43]) A. a. O. S. 355. Ganz im Sinne dieser Politik liess er die hier wiederholt citirte politische Gesetzessammlung (P. G. S.) vom Jahre 1825 an als „Franz I. Gesetze und Verordnungen für sämmtliche Provinzen des österreichischen Kaiserstaates mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen" fortführen, um auszudrücken, dass eine für den österreichischen Kaiserstaat bestimmte Einrichtung auch für Ungarn als Provinz desselben bestehe, wenn Ungarn von derselben nicht ausgenommen werde.

[44]) Vgl. die Beschreibung und das Bild im XX. Bd. der P. G. S., Nr. 22, S. 4.

[45]) Vgl. das Pat. vom 6. August 1806, P. G. S. Bd. XXVII, Nr. 1 und zahlreiche andere monarchische Erlässe.

Digitized by Google

der Titel erblicher Kaiser von Oesterreich in Kaiser von Oesterreich verwandelt, weil der Gegensatz zwischen dem Erbkaiser und dem erwählten römisch-deutschen Kaiser gegenstandslos geworden ist. Sofort heisst der Kaiser auch in Ungarn nicht *haereditarius imperator Austriae*, sondern nur *Austriae imperator*.[46]) Es tritt uns zum erstenmale die Bezeichnung Kaiserthum für die Monarchie entgegen in dem 1806 geregelten Titel des Kronprinzen als „von Gottes Gnaden des österreichischen Kaiserthums kaiserlicher, zu Ungarn und Böheim königliche Kronprinz“ [47]), sowie in dem mit der Niederlegung des römischen Kaisertitels verbundenen Versprechen des Kaisers, sich mit einziger Rücksicht auf das Interesse seines angestammten Kaiserthums, lediglich der Wohlfahrt seiner geliebten Völker zu weihen und sämmtliche deutschen Provinzen und Reichsländer in ihrer Vereinigung mit dem ganzen österreichischen Staatskörper (es heisst nicht mehr Staatenkörper wie 1804) zu jener Stufe des Glückes emporzubringen, die seinen Wünschen entspricht.[48])

Die Fortdauer der Fundation des grossen und mittleren Kaiserwappens und des grossen und mittleren Majestätssiegels auf dem ganzen Gebiete der Monarchie ergibt sich aber aus deren Beschreibung, in welcher abermals und zwar mit gesperrten Lettern (a. a. O. S. 26 f.) hervorgehoben wird, es sei die Wahl des Doppeladlers wegen des auf dem ganzen Complexus der Erbkönigreiche und Länder radigirten österreichischen Kaiserthums erfolgt. Die Beschreibung und die beigefügten Wappenbilder bringen die eigenthümliche Wechselwirkung zwischen dem Kaisertitel der Dynastie und dem Titel der Monarchie zu sinnfälligem Ausdruck. Beide Wappen sollen das Hauswappen, die Wappen aller Kronländer

---

[46]) Die geringschätzige Bemerkung J. Sch.'s im Beiblatt Nr. 3, S. 3 der Allgemeinen Zeitung vom Jahre 1898, dass das österreichische Erbkaiserthum nur zwei Jahre gedauert habe und dass statt dessen die Bezeichnung Kaiserthum Oesterreich oder österreichischer Kaiserstaat als die forthin in öffentlichen Urkunden zu verwendende Bezeichnung eingeführt worden sei, ist deplacirt. In all dem könnte nur eine Verschärfung, keine Abschwächung der Bedeutung des Kaisertitels erblickt werden.

[47]) A. a. O. S. 14.

[48]) A. a. O. S. 2 Anm., S. 7.

Digitized by Google

sammt dem ungarischen Wappen enthalten, das grosse: sämmtliche Wappen in der Mitte, das mittlere: das Hauswappen auf der Brust und die Wappen aller Länder der Monarchie, somit auch Ungarns, auf den Fittigen eines zweiköpfigen, die österreichische Kaiserkrone tragenden Doppeladlers. Damit wird angedeutet, dass der Kaisertitel des Hauses auf dem Gebietsumfange der Monarchie ruht, und dass umgekehrt diese Lande von dem Namen des Hauses zusammen den Namen der österreichischen Monarchie tragen. Der grosse Titel und das ihm entsprechende Siegel soll nun mehr auch bei Besitznahmen und Abtretungen von Staatsgebiet verwendet werden, welche sich in der That im Namen des Kaiserreichs vollziehen (Bd. LXXIV, Nr. 122). In dem Vorschlage der Staatskanzlei von 1806 handelt es sich deshalb nicht darum, ein noch nicht bestehendes Reichssiegel zu schaffen, sondern nur darum, dasselbe fortan unter Aufhebung des ungarischen Siegels auch *in negotiis jura et libertates Hungariae pure et simpliciter concernentibus* zu verwenden. Nur das wird abgelehnt. Dem Vorschlag, einen kaiserlichen Reichsadel zu schaffen, sucht übrigens Franz II. auf unauffälligem Wege näher zu kommen durch Gleichwerthung aller Adelsinstitute innerhalb der österreichischen Monarchie für die kaiserlich königliche Kämmererwürde und für Hofwürden am kaiserlichen Hofe, für die Erlangung gewisser Orden, durch Anerkennung des Besitzes des Kleinkreuzes des ungarischen Stefansordens als Grundlage für die Verleihung des Baronates und des Grafenstandes durch den Kaiser.[49])

Vorläufig begnügt sich also Franz II., seine Provinzialisirungspolitik gegen Ungarn auf Umwegen betreibend, in formaler Beziehung mit der durch die Einführung des Kaisertitels in Ungarn erzielten unangefochtenen, verfassungsrechtlichen Errungenschaft im Interesse der Gesammtstaatsidee. Und diese war nicht gering.

Mit einer bedeutsamen Modification hatte sich erfüllt die Verfügung Karl's V. in seinem Confirmationsbriefe über die dem

[49]) Barth v. Barthenheim, „Das Ganze der österreichisch-politischen Administration", I. Bd., S. 86, 115, 150. Das Patent vom Jahre 1806, P. G. S. Bd. XXVII, Nr. 1 Anm. erklärt Wien als österreichisch-kaiserliche Haupt- und Residenzstadt.

Digitized by Google

Hause Oesterreich zustehenden **Freiheiten** (§. 37): Alles, so der Erzherzog zu Oesterreich besitzet und innehat, das soll sein und heissen das Erzherzogthumb zu Oesterreich. Die Kaiserkrone überwölbt, wie dies im Kaiserwappen zum Ausdruck kommt, alle vom Erzherzog getragenen Kronen, sie ist zu aller Kronen Krone geworden. Fortan konnte der Monarch als Kaiser von Oesterreich Verträge mit völkerrechtlicher Wirksamkeit für das ganze von ihm beherrschte Gebiet schliessen.[50]) Alle centralistischen zugleich für Ungarn bestehenden Einrichtungen erschienen durch die auch für Ungarn verbindliche Proclamation austriacisirt und verkaiserlicht, also die Armee, der Hofkriegsrath, die Hofkammer, die Haus-Hof- und Staatskanzlei mit allen ihr unterstehenden diplomatischen Beamten und endlich der Staatsrath selbst.[51]) Auch der Ungar wurde im Ausland von k. k. Behörden als Unterthan des Kaisers von Oesterreich in Schutz genommen.[52]) Nunmehr war auch der Staatsrath, welcher, wie schon früher, auch fortan den Monarchen in allen durch ihn zu erledigenden,

[50]) Als österreichische Provinz erscheint Ungarn unter anderem bezeichnet im Artikel 12 des Wiener Friedens vom 14. October 1809, P. G. S. Bd. XXXII, Nr. 51, S. 139, in den Vermögensfreizügigkeitsverträgen mit Oldenburg, P. G. S. Bd. LXX, Nr. 97, mit Anhalt Bernburg Bd. LXXV, Nr. 17, in der Reciprocitätsdeclaration, P. G. S. Bd. LVII, Nr. 117. Ueberhaupt aber gelten alle für Oesterreich abgeschlossenen Staatsverträge auch für Ungarn abgeschlossen, wenn aus deren Inhalt oder aus sonstigen Umständen nicht das Gegentheil hervorgeht. Die österreichischen Schiffe des Handelsvertrages mit Brasilien vom Jahre 1828 (Bd. LVI, Nr. 18) und des Tractates zur Unterdrückung des afrikanischen Sclavenhandels vom 30. Jänner 1841, P. G. S. Bd. LXXI sind also auch ungarische Schiffe. Vgl. auch P. G. S. Bd. XXX,, Nr. 40, Bd. LXXV, Nr. 74.

[51]) Vgl. Barth, a. a. O. S. 15, 24.

[52]) Vgl. z. B. den mit Hofdecret vom 30. Mai 1815, P. G. S. Bd. XLIII, Nr. 55 verlautbarten Ferman, demzufolge alle von den österreichischen Staaten nach fremden und von da zu Meer oder auf Flüssen mit der kaiserlich-königlichen Flagge wieder rückkehrenden Schiffe im ganzen ottomanischen Gebiete abgabenfrei sein sollen, und der ferners des Protestes des Internuntius und bevollmächtigten Ministers Sr. Majestät des Kaisers und Padischas von Oesterreich gegen die den österreichischen k. k. Unterthanen zugefügten Unbilligkeiten gedenkt und Sicherung der Schiffahrt auf der Donau verheisst, der also ganz besonders auch Ungarn anging. Die Consulate im Auslande sind österreichische Consulate. Hofkammerdecret vom 27. Juni 1815, P. G. S. XLIII, Nr. 65. Vgl. auch Bd. LXX, Nr. 40, Bd. LXXIV, Nr. 113. Verdeckt früher der römische Kaiser den König von Ungarn gegenüber dem Auslande, so thut dies jetzt der österreichische.

Digitized by Google

also auch in ungarischen Angelegenheiten berieth, dessen Superarbitrium demgemäss auch die Anträge der ungarischen Hofkanzlei durchzumachen hatten, und zu dem auch Ungarn verfassungsmässig der Zutritt eröffnet war, ein kaiserlich königlicher[53]), und Ungarn waren deshalb, ohne ihre ungarische Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen, k. k. österreichische Staatsbeamte und Staatsdiener. Durchaus falsch ist deshalb die von J. Sch. aufgestellte Behauptung, dass der Kaisertitel ein blosser Ehrentitel, das Kaiserthum eine Idee ohne staatsrechtlichen realen Inhalt war. Kaisertitel und Kaiserthum bekundeten vielmehr nach innen und aussen fortan entsprechend der widerstandslos erlassenen Proclamation den zwischen allen Herrschaftsgebieten des Hauses Oesterreich bestehenden staatsrechtlichen Verband, die aus demselben hervorgegangenen und den Verband stützenden staatlichen Einrichtungen, die aus diesen Einrichtungen fliessende politische Einheit nach aussen.

Allmälig beginnt nun der Kaisertitel trotz der in der Proclamation enthaltenen Zusicherungen auch die den ständischen Verfassungen der nichtungarischen Länder entsprungenen landesfürstlichen Titel zu verdrängen. War schon durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch die völlige Vernichtung des Incolats und Indigenats in den einzelnen Ländern durch Einführung eines allgemeinen Staatsbürgerrechtes für die deutschen Erbländer angebahnt, so ist nunmehr der in den nichtungarischen Ländern domicilirende Unterthan des Monarchen Unterthan des Kaisers oder k. k. österreichischer Unterthan, nicht blos wie der Ungar, wenn seine Staatszugehörigkeit völkerrechtlich oder wenn seine staatsrechtliche Qualification für eine Reichsbeamtenstelle in Betracht kommt, sondern auch, wenn er sich im Gebiete eines dieser Länder aufhält. Aus den vielen Landesfürsten, deren staatsrechtliche Persönlichkeit der Monarch in sich aufnahm, ist der Kaiser von Oesterreich als einziger Erblandesfürst geworden, welchem im Falle der Naturalisation der Unterthanseid zu leisten ist.[54]) Auch die

[53]) Ueber die Form der Behandlung streng ungarischer Angelegenheiten im k. k. Staatsrathe nach 1804 vgl. Hock-Bidermann, a. a. O. S. 664 ff., 668, 678, 681, 690.

[54]) Er lautet zufolge Hofdecretes vom 12. April 1816 und 30. Jänner 1824: „Ihr werdet einen Eid zu Gott dem Allmächtigen schwören und bei Eurer Ehre

Digitized by Google

höchsten, für die nichtungarischen Länder bestehenden Centralbehörden, wie die vereinigte Hofkanzlei, die mittleren[55]) und unteren landesfürstlichen Behörden wurden nunmehr kaiserlich-königlich. Dadurch bildete sich ein doppelter Sprachgebrauch der Bezeichnung Oesterreich heraus, ein universaler im Sinne der *Monarchia austriaca* mit ihren gesammtstaatlichen Einrichtungen des für Ungarn bestimmten Rescriptes und ein engerer, wo es die nichtungarischen Länder im Gegensatz zu den ungarischen bedeutet. Diese engere Bedeutung ruht aber nicht auf einer ausdrücklichen Anordnung des Monarchen, sondern ist nur mittelbar zu erkennen, durch ihre Verwendung in den Acten solcher Staatsorgane, deren Zuständigkeit sich auf Ungarn nicht erstreckt (P. G. S. Bd. L, Nr. 26). Im Falle unmittelbarer Gegenüberstellung der ungarischen und nichtungarischen Länder heissen diese aber regelmässig nicht die österreichischen, sondern die „übrigen Provinzen" der österreichischen Monarchie (Bd. LVII, Nr. 117, S. 636), die deutschen Erbländer (Bd. XXIX, Nr. 43 u. a. b. Gb.), die deutsch-erbländischen oder deutschen Provinzen (XLV, Nr. 134, Bd. LVI, Nr. 16, 61, 105), oder endlich gar die deutschen Staaten (Bd. LVII, Nr. 138), wobei auch die nichtdeutschen oder nicht ausschliesslich deutschen Provinzen wie Böhmen und Galizien miteinbezogen werden. Nur ausnahmsweise (Bd. LVIII, Nr. 15) ist von den k. k. österreichischen deutschen, böhmischen und galizischen Provinzen die Rede. Der österreichische Kaiserstaat zerfällt somit nach der am Wiener Hofe festgehaltenen Anschauung in die deutschen und ungarischen Provinzen oder Staaten. (Vgl. auch J. G. S., Titel.)

---

und Treue geloben, dass Ihr von nun an als ein Unterthan dem allerdurchlauchtigsten Fürsten und Herrn . . . ., Kaiser von Oesterreich, als Eurem rechtmässigen Erblandesfürsten und Herrn, ... treu, gehorsam und gewärtig sein. . . . . und überhaupt alle Pflichten eines getreuen k. k. österr. Unterthans pünktlich erfüllen sollet und wollet." Im Patent vom 6. August 1806, P. G. S. Bd. XXVII, Nr. 1, S. 3 Anm. wird den Provinzialbehörden fortan der Gebrauch des grossen und mittleren Wappens mit Ausschluss des Länderwappens aufgegeben. Nach eingezogenen Erkundigungen wäre in der absolutistischen Epoche auch das ungarische Siegel *in desuetudinem* gekommen und erst 1874 *in integrum* restituirt worden.

[55]) Vgl. z. B. den Titel: „Provinzialgesetzsammlung des Königreiches Böhmen für das Jahr 1819, herausgegeben auf allerhöchsten Befehl unter der Aufsicht des k. k. böhmischen Landesguberniums", ferner der galizischen Provinzialgesetzsammlung für das Jahr 1819.

Digitized by Google

Durch die Doppelverwendung des österreichischen und des kaiserlichen Titels erleidet derselbe eine unleugbare Verschwommenheit. Allein folgende staatsrechtliche Sätze bleiben von derselben unberührt: Verfassungsrechtlich gebührt der Titel Kaiser von Oesterreich dem Monarchen nur als Herrscher über das ganze Gebiet der Monarchie. Nur in dieser Verbindung ist er durch einen besonderen Verfassungsact geschaffen worden und völkerrechtlich anerkannt. Die Reduction auf die nichtungarischen Länder würde ihn declassiren. Für diese ist der kaiserliche und der österreichische Titel nur ein Lehn-, ein erborgter, ein reflectirter Titel. Es ist deshalb bis zum Jahre 1848 nie eine Verlautbarung erfolgt, welche die territoriale Unterlage, die das Patent von 1804 dem Kaisertitel gegeben hatte, eingeengt hätte. Die zweite Verwendung ist eine blos usuelle, auf keinen Verfassungsact sich gründende. In den Patenten vom 12. März 1813, P. G. S. Bd. XLI, Nr. 26 und vom 28. Februar 1822, Bd. L, Nr. 23 wird der Titel Kaiser von Oesterreich als den Erbkaiser oder erblichen Kaiser von Oesterreich des Jahres 1804 ersetzend, der Titel Kaiserstaat oder Kaiserthum Oesterreich als Titel der Erbstaaten bezeichnet. Alle Titeländerungen bezeichnen sich als solche Seiner k. k. apostolischen Majestät (P. G. S. Bd. XXVII, Nr. 1, S. 10, Bd. LXIV, Nr. 125, S. 841), somit auch Ungarn erfassend. In den Staatsverträgen wird nach Anführung des Titels Kaiser von Oesterreich, König von Ungarn und Böhmen im Proömium, sehr oft weiterhin nur mehr der „Kaiser von Oesterreich“ als der alle anderen umfassende Staatstitel des contrahirenden Staatsoberhauptes genannt. „Oesterreich“ schlechthin bedeutet in Staatsverträgen die ganze Monarchie.[56]) Darum fasst auch das 1836 reformirte Reichs- oder kaiserliche Wappen alle Landeswappen, unter ihnen auch das ungarische,

[56]) Vgl. oben Anm. 50, Art. 13 des Friedens von Wien vom 14. October 1809, P. G. S., Bd. XXXII, Nr. 51, Art. VII der Convention zwischen den Höfen von Oesterreich u. s. w. und Frankreich betreffend die Forderungen auswärtiger Unterthanen an Frankreich, P. G. S., Bd. XLVI, Nr. 87. In dem Staatsvertrag zwischen den Niederlanden und Oesterreich vom 13. Juni 1817, P. G. S., Bd. XLV, Nr. 99, unterschreibt sich Metternich nur als kaiserlicher Bevollmächtigter, ungeachtet der Vertrag sich seinem Inhalte nach auch auf Ungarn erstreckt. Vgl. auch die „Oesterreichische Monarchie“ des Hofdecretes vom 3. Juni 1815, P. G. S., Bd. XLIII, Nr. 58.

Digitized by Google

in sich und hält die Decoration des Reichsadlers mit dem Stefansorden aufrecht; die Verwaltungsgesetzsammlung für die nichtungarischen Länder heisst nicht Gesetzessammlung für den österreichischen Kaiserstaat, sondern für sämmtliche Provinzen desselben mit Ausnahme von Ungarn und Siebenbürgen, und unter Anderem verleiht der ungarische G. A. 38 : 1827 dem Fürsten Clemens Metternich das ungarische Indigenat wegen seiner Verdienste um das vielgeliebte Königreich Ungarn und um die *universa Monarchia austriaca* des Rescripts vom Jahre 1804, also um die der gegenwärtigen ungarischen Generation unerträgliche österreichische Gesammtmonarchie. Hieraus ist ersichtlich, dass in Wien niemals die Absicht bestanden hat, Ungarn aus der staatsrechtlichen, das Gefüge der Grossmachtstellung der Monarchie herstellenden Klammer der österreichischen Monarchie oder des Kaiserthums Oesterreich herauszulassen und dass Ungarn sich selbst als eine *pars* der *universa Monarchia austriaca* betrachtete.

VI.

Welches war nun das weitere Schicksal des Kaisertitels und der Kaiseridee? Die zeitgemässe Fortbildung der unangefochtenen centralistischen Institute hätte nur in einer Umbildung derselben auf constitutioneller Grundlage bestehen können. Der Anknüpfungspunkt war in der Thatsache gegeben, dass der k. k. Staatsrath als ein kaiserlicher und Reichskronrath unangefochten auch ungarische Angelegenheiten vorberieth und dass er laut der G. A. 11 : 1741, 17 : 1791 auch in der ungarischen Verfassung Wurzel geschlagen hatte. Von diesem Reichskronrath konnte der Uebergang gefunden werden zu einem repräsentativen Collegium für das ganze Gebiet der Monarchie mit einer Zuständigkeit, etwa in dem Umfange des weiteren Reichsrathes des Octoberdiploms, also auch auf das Zoll-, Handels- und Zettelbankwesen sich erstreckend und die Mitwirkung zu einer Reichssteuergesetzgebung in sich fassend. Nur hätte diese Beschränkung viel unzweideutiger ausgesprochen sein müssen, als es im Octoberdiplom geschehen ist. Wenn nach allen anderen Richtungen hin die Berathung ungarischer Angelegenheiten dem Staatsrathe abgenommen und ausschliesslich einem ungarischen Ministerium zugewiesen wurde,

Digitized by Google

so lag darin gegenüber dem bestehenden Rechtszustande eine so weit gehende Concession, dass sie ein Aequivalent gegenüber der Zustimmung zur Schaffung eines Reichstages für das ganze Reich und zur Einheit des Zoll-, Handels- und Geldwesens zu bilden vermochte.[57]) Man kann diese Reflexion durchaus nicht als für die Zeit Franz II. utopisch bezeichnen, sie war es nur im Hinblick auf seine Person. Die Rathschläge der beiden Erzherzoge Rainer und Josef, eine die Idee der ungarischen Verfassung aufnehmende Gesammtverfassung für die Schaffung eines Staatsvolkes zu erlassen, und des letzteren Alternativvorschlag, Ungarn eine grössere Selbständigkeit zu gewähren, nehmen eine ernste Erwägung für sich in Anspruch und wurden nicht etwa als thöricht abgelehnt, sondern nur deshalb, weil Franz II. seiner ganzen Anlage nach sich in ein verfassungsmässiges Leben nicht finden konnte. Auch war zur Zeit Franz II. die Verknüpfung des hohen ungarischen Adels mit dem kaiserlichen Hofe noch eine so feste und der Einfluss des letzteren im Lande ein so grosser, dass ein Versuch, das von den beiden Brüdern des Monarchen empfohlene Project zu verwirklichen, nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden kann. Sicher war aber die vom Kaiser gewählte und auch nach ihm festgehaltene Politik, auf gesetzmässigem (!) Wege die Verfassung Ungarns jener der übrigen Provinzen der Monarchie zu nähern, also einen absoluten Einheitsstaat zu schaffen, einerseits undurchführbar, andererseits durchaus ungeeignet, die Kaiseridee zu stärken und deshalb für ihre fernere Entwicklung verhängnissvoll. Das Unglück wollte es, dass der francisceische, den Kaiser überdauernde Absolutismus sich nicht durch die Begabung der wirkenden Staatsmänner wie unter Maria Theresia, sondern ausschliesslich durch die primitiven Mittel des Polizeistaates im schlechtesten Sinne dieses Wortes zu behaupten vermochte. Polizeiabsolutistisch, kaiserlich, österreichisch wurden infolgedessen gleichbedeutende Begriffe und der Hass gegen den Polizeistaat erfasste auch die

[57]) In seinem früher erwähnten Vorschlage vom Jahre 1810 macht der Erzherzog Palatin Josef aufmerksam, dass Ungarn kein eigenes Ministerium, keine eigene Finanzverwaltung besitze, und wie viel durch Gewährung dieser Einrichtungen in Ungarn gewonnen werden könnte. Freilich empfiehlt er auch eine ungarische Armee. Ung. Revue, Jahrg. 1881, S. 351.

Digitized by Google

Kaiseridee als dessen scheinbare Wurzel. So wurde eine gross concipirte und klug eingeführte politische Idee durch starres Festhalten an einer unhaltbar gewordenen Staatsauffassung gründlich verdorben und überdies sogar die schon vorher erzielten Ergebnisse einer mehrhundertjährigen Centralisationspolitik der Gefahr des Unterganges entgegengeführt.

Hatte nun der Centralismus die beste Zeit zu Fortbildung der Kaiseridee auf repräsentativer Grundlage versäumt und durch unzeitgemässe Festhaltung seiner Verbindung mit dem Absolutismus ein untilgbares Misstrauen gegen sich für alle Zukunft hervorgerufen, so gab er in der Betäubung und Verwirrung des Jahres 1848 fast alle seine Errungenschaften in einer die Machtstellung der Monarchie gefährdenden Weise preis. Allein selbst in dieser tumultuarischen Zeit erweist sich die Kaiseridee immer noch kräftiger als ihre verfassungsmässigen Träger und sie wird als ein allen Theilen der Monarchie zustatten kommendes Element politischer Macht im Verhältnisse nach aussen auch von den Gegnern respectirt. Der G. A. III, 1847/48, der in seinem §. 6 vorschreibt, es dürfe der König die Vollzugsgewalt in allen bürgerlichen, kirchlichen, finanziellen, militärischen, wie im allgemeinen in allen Angelegenheiten der Landesvertheidigung nur durch das constitutionell verantwortlich erklärte ungarische Ministerium üben, kennt keinen ungarischen Minister des Aeussern. lässt es somit für die Verwaltung des Aeusseren und für die Gestaltung der Rechtsstellung des Staatsverbandes als eines Rechtssubjectes im Verhältniss zu dritten Staaten bei dem Bestehenden und schafft ferner im §. 13 einen Minister um die Person Sr. Majestät mit der weit gefassten, an die unbegrenzte Competenz des Staatsrathes erinnernden Bestimmung, auf alle Verhältnisse, welche das Vaterland und die Erbprovinzen gemeinsam interessiren, Einfluss zu nehmen und in denselben unter seiner Verantwortlichkeit das Land zu vertreten. Auch erscheint der Titel eines Kaisers von Oesterreich mit dem Vorrang vor dem des Königs von Ungarn unter den anderen Titeln des Monarchen in der Sanctionsformel der 1848er Gesetze.[58]) Auf der

[58]) Deák, a. a. O. erster Abschnitt, hat sich in eine umständliche Discussion mit Lustkandl über die Giltigkeit des G. A. III, 1847/48 eingelassen. Ich

Digitized by Google

anderen Seite bewahrt auch die Verfassungsurkunde für den österreichischen Kaiserstaat vom 25. April 1848, P. G. S., Bd. LXXVI, Nr. 49, welche den bisherigen Lehntitel für den monarchischen Herrscher der nichtungarischen Länder mit Ausnahme des lombardisch-venetianischen Königreiches in einen für diese verfassungsmässig bestimmten ummodeln will, doch noch eine weitere Bedeutung des Kaisertitels im Sinne des Patentes vom Jahre 1804 durch die Bestimmung des §. 2, wonach die Verfassungsurkunde des österreichischen Kaiserstaates auf die dort angeführten Länder des Kaiserreiches (also auf die nichtungarischen) Anwendung finden soll, so dass die ungarischen Länder doch noch immer als Theile zwar nicht des Kaiserstaates, wohl aber des Kaiserreiches (P. G. S., Bd. LXXIV, Nr. 122) erscheinen.

Nichts kennzeichnet indess die in dieser Zeit am Wiener Hofe herrschende Hilf- und Rathlosigkeit besser als die Thatsache, dass gewissermassen in einem Athem die Entwicklung der nichtungarischen Länder zum Einheitsstaat mittels der Charte vom 25. April zu einem formellen Abschluss gebracht, andererseits mittels des Cabinetsschreibens vom 8. April der sogenannten (verantwortliche Centralbehörden für das Königreich Böhmen verheissenden böhmischen) Charte[59] ein Rückbildungsprocess zu einer überwundenen historischen Phase der Entwicklung der Monarchie in Aussicht gestellt wurde. Von dieser zwiespältigen Tendenz ist nun auch der Entwurf einer Ungarn und das lombardisch-venetianische Königreich aus-

erachte mit ihm den Einwand des *justus metus*, unter dem die Sanction erfolgt sein soll, unhaltbar. Dagegen scheint mir, wenn man, was zu thun selbst Deák sich nicht scheut, eine revolutionäre Bewegung unter die Loupe formaler Jurisprudenz nehmen will, die Erwägung durchschlagend, dass der König von Ungarn nicht zuständig war, durch einen königlichen Act, die kaiserlichen oder die Reichsbehörden zu vernichten, sowenig als der ungarische König jetzt imstande ist, in staatsrechtlicher Form die Reichsbehörden aufzuheben. Gewichtiger aber noch als dieser formale Einwand ist der Hinweis auf die Versündigung gegen die durch Jahrhunderte sorgfältig gepflegten Institutionen zur Ausgleichung oder Milderung der mannigfaltigen Interessengegensätze zwischen den Theilen der Monarchie, die schroffe Abwendung von diesen moderirenden Einrichtungen, welche sich in dem besprochenen Gesetze äussert und die einmal auch für Ungarn noch verhängnissvoll werden kann.

[59]) Vgl. dieselbe im österr. Staatswörterbuch, I. Bd., Artikel Böhmen, S. 167, f. Ulbrich.

Digitized by Google

schliessenden Verfassung des „Kaiserthums Oesterreich" beherrscht, wie er vom Verfassungsausschusse des Kremsierer Reichstages zustande gebracht worden ist.[60]) Man denke: Jedes der 14 den Kaiserstaat bildenden Kronländer, also beispielsweise auch Salzburg oder das Küstenland, soll ein constitutioneller Staat werden mit seinem eigenen Staats- oder, wie es dort heisst, Landesoberhaupt und mit seiner eigenen dem Landtage constitutionell verantwortlichen Regierung (§§. 34, 35, 102, 104, 105). Andererseits freilich soll dieselbe Gliedsstaatsregierung für die Vollziehung der Gesetze des Oberstaates und für die Ausübung der ihr übertragenen Reichsregierungsgewalt dem Reichsministerium verantwortlich sein (§. 102), es soll ferner im Falle des Zweifels über die Abgrenzung der Reichs- und Landesregierungsgewalt die Vermuthung für die Centralgewalt streiten (§. 34, Abs. 2). Die Debatten über den Entwurf lehren, dass seine Urheber sich über die praktische Durchführbarkeit dieser Zwitterstellung der Landesregierungen ebensowenig klar waren, als wie es jeder unbetheiligte Leser des Entwurfes heute sein wird. Immerhin bleibt dieser Entwurf in mehr als einer Hinsicht merkwürdig. Unter den Versuchen einer föderativen Verfassung für die nichtungarischen Länder ist er der einzige, an dessen Herstellung die politischen Führer aller Nationen dieser Länder mitgearbeitet hatten, der einzige ferner, der den um Ungarn gekürzten Kaiserstaat in deutlich erkennbarer Weise auf bundesstaatsähnlicher Grundlage aufbauen will. Am bedeutsamsten ist dieser Entwurf aber als Massstab für die Expansionskraft der föderativen Bestrebungen der slavischen Völker Oesterreichs. Nach dem Entwurfe bedürfen alle von den constituirenden Landtagen entworfenen Verfassungen und ihre künftigen Aenderungen der Bestätigung durch Reichsgesetz unter dem Gesichtspunkte ihrer Vereinbarkeit mit der Reichsconstitution (§. 111). Dass die Vermuthung für die Reichsgewalt streite (§. 34), wonach also im Zweifel über die Zuständigkeitsgrenzen der Richter bei obwaltendem Widerspruch von Reichs- und Landesgesetz sich für die Wirksamkeit des

[60]) Derselbe findet sich abgedruckt in der Ausgabe der Protokolle des Verfassungsausschusses im österreichischen Reichstage 1848—1849 von Springer, S. 365 ff.

Digitized by Google

ersteren zu entscheiden gehabt hätte, wurde bereits hervorgehoben. Endlich aber ruht der Kremsierer Entwurf ganz so wie die von den Föderalisten vielgeschmähte Februarverfassung vom Jahre 1861 auf einer taxativen Aufzählung der Landesangelegenheiten (§§. 114, 115), die mit jener der 1861er Landesordnungen bis auf den einen Punkt vollständig zusammenfällt, dass sie den Ländern die Landespolizei zuweist, eine völlig unklare Bezeichnung, zu deren Verständniss Rieger das Beispiel der Sanitäts- oder Feuerpolizei, des Gensdarmeriewesens anführt. Also betrachtet der von den damaligen Föderalisten mitredigirte Entwurf die Zuständigkeit des Reichstages als die universale! Wie weit hat sich der moderne österreichische Föderalismus von dieser staatsrechtlichen Stellung des Reichsrathes entfernt!

Alle Verfassungen und Verfassungsexperimente vom Jahre 1848 konnten nur ein ephemeres Dasein fristen, weil sie nur auf die Theile Bedacht nahmen und das einmal als Bedingung der Theile nicht wegzuleugnende Ganze völlig ausseracht liessen. Nur der ungarische G. A. enthält eine dürftige Hindeutung auf die Verhältnisse, welche das Vaterland und die Erbprovinzen gemeinsam interessiren. Auch hierin mag eine Lehre für die Zukunft erblickt werden. Die Krone stand nun vor der Alternative zwischen dem politischen Chaos, zwischen der völligen Einbusse des politischen Ansehens und der Macht der Monarchie und der Wiederherstellung des durch ein politisches Elementarereigniss zerrissenen, mehrhundertjährigen Bandes zwischen den Theilen der Monarchie. Wie aber die Volksbewegung des Jahres 1848, so ist auch die Restaurationspolitik des Jahres 1849 eine über das Ziel schiessende und in sich widersprechende gewesen.

Der tiefe innere Widerspruch, der das Patent vom 4. März 1849, die Reichsverfassung für das Kaiserthum Oesterreich einschliesslich Ungarns und des lombardisch-venetianischen Königreichs enthaltend, durchzieht, besteht darin, dass dasselbe versucht, die naheliegende, seinerzeit von den Brüdern Franz II. angeregte Idee der Fortbildung des alle österreichischen Völker umfassenden Kaiserthums statt im organischen Wege und auf constitutioneller Grundlage im Wege des Zwanges und unter Vernichtung der kürzlich anerkannten und constitutionell umgebildeten

Digitized by Google

ungarischen Verfassung über die Grenzen der politischen Nothwendigkeit und Möglichkeit hinaus zu verwirklichen und eine auf den Spitzen der Bajonnette ruhende Reichsconstitution zu gründen. Weil nun so der Absolutismus, welcher der Vater dieser constitutionellen Reichsverfassung gewesen ist, den Radicalismus Josefs II. gegenüber dem ungarischen Verfassungsrecht weit hinter sich liess, so konnte ihm auch kein anderes Ende beschieden sein als der josefinischen Politik, soferne der Culturzustand und die politische Lage Europas die Durchführung der Verwirkungstheorie nach dem historischen von Ferdinand II. für die Böhmen aufgestellten Muster nicht gestattete. Angedeutet waren indess die Ziele der Märzverfassung schon durch das Manifest über den Regierungsantritt Kaiser Franz Josef I. vom 2. December 1848, und zwar durch die an die Schlussformel der Reformation des österreichischen Kaisertitels im Jahre 1806 sich anlehnende Wendung, dass es mit Gottes Beistand und im Einverständnisse mit den Völkern gelingen werde, alle Länder und Stämme der Monarchie zu einem grossen Staatskörper zu vereinigen.

Bei alledem enthält die Märzverfassung den Ausdruck für ein politisches Ziel, dessen Erreichung mit dem Fortschritte der Zeit sich immer deutlicher als Voraussetzung der Erhaltung der politischen Macht und des Bestandes des Reichs, somit als nothwendig von reichswegen erweist, deren Preisgebung eine Hauptursache der gegenwärtigen politischen Lage der Monarchie bildet. Es ist dies die Erhebung der Monarchie zu einer volkswirthschaftlichen Einheit durch die Festsetzung des §. 7, wonach das ganze Reich verfassungsrechtlich ein Zoll- und Handelsgebiet zu bilden hat, dann der im §. 36 vorgesehene, durch ein einheitliches Parlament zu behandelnde, mit einer Reichssteuergesetzgebung verknüpfte einheitliche Reichshaushalt.

Es ist heute eine müssige Frage, ob damals der Versuch von Erfolg beleitet gewesen wäre, im Sinne des Rainer'schen Vorschlags von dem Boden der ungarischen Verfassung auszugehen, um zu einer repräsentativen Reichsverfassung zu gelangen, welche sich in massvoller Weise auf die Einheit des Aeussern des Heer-, des Geld-, Banknoten-, des Zoll- und Handelswesens und auf einen die strengen Reichsbedürfnisse umfassenden Reichshaushalt beschränkte. Jedenfalls aber musste die im

Digitized by Google

Jahre 1851 erfolgte vollständige Provinzialisirung[61]) Ungarns weit ab von diesem Ziele führen und in Ungarn die für die Entwicklung der Reichsidee verhängnissvolle Ueberzeugung begründen, dass sie mit der Idee der völligen über das Mass des politischen Bedürfnisses hinausgehenden Vernichtung der ungarischen Verfassung gleichbedeutend sei. Deshalb kam das Octoberdiplom vom Jahre 1860 mit dem Projecte einer derart inhaltlich beschränkten Reichsverfassung zu spät, ganz abgesehen davon, dass es diese Beschränkung durch die principielle Erstreckung der Zuständigkeit des Reichsparlaments auf alle „den Königreichen und Ländern gemeinschaftlichen Rechte, Pflichten und Interessen" zu einer unsicheren machte, die Wahrung der selbständigen Steuergesetzgebung Ungarns gegenüber der Reichssteuergesetzgebung nicht deutlich erkennen liess und dass endlich das Ziel nur durch eine behutsame schonende Politik des 1849 siegreichen Centralismus, nicht aber im Wege des Zwanges seitens des durch die italienischen Niederlagen in seinem Prestige geschwächten Absolutismus zu erreichen war.

Das Februarpatent bedeutet den durch die Weigerung Ungarns hervorgerufenen Rückschlag in der Richtung der Märzverfassung. Das Unglück des Jahres 1866 hat endlich das Schicksal der Idee, eine einheitliche repräsentative Reichsverfassung im Wege freiwilliger Anerkennung seitens Ungarns herzustellen, wenn auch nicht allein entschieden, so doch in hervorragender Weise mitbestimmt.

---

[61]) Im Beilageblatt der Nr. 4 der „Allgem. Zeitung", S. 6, bemerkt J. Sch., dass „dieses" ein grober historischer und staatsrechtlichen Irrthum ist, wenn Dr. Tezner die Behauptung wagt, dass erst im Jahre 1867 der ungarische Staat neu begründet worden ist. Wie kann es aber geleugnet werden, dass die schon durch Franz II. nach einem ausdrücklichen Geständniss geplante und unauffällig geförderte (vgl. oben S. 378, 381 und A. 43, 50), 1849 durch die Märzverfassung verwirklichte, durch das Reichsgesetzblatt für das Kaiserthum Oesterreich (einschliesslich Ungarns) als einen Einheitsstaat und durch das Landesregierungsblatt für das Königreich Ungarn urkundlich bezeugte Provinzialisirung Ungarns bis zum Jahre 1867 dauerte, dass während dieser ganzen Epoche Ungarn als Staat nicht zur Erscheinung gelangte, dass die Kämpfe Ungarns während dieser Zeit auf die Wiederherstellung seiner vernichteten Staatlichkeit gerichtet waren, dass deshalb die Verfassungsgesetzgebung des Jahres 1867 die Neuherstellung dieser zerstörten erloschenen Staatlichkeit bedeutete? Dass sie überdies auch eine Neubegründung im Sinne einer Neugestaltung war, zeigt der Vergleich mit dem historischen Staatsrechte Ungarns.

Digitized by Google

Die Reichsverfassung des Jahres 1867 bezeichnet nun den für unabsehbare Zeit vollzogenen Bruch der dynastischen Politik mit einer mehrhundertjährigen politischen Tradition. Der liquide politische Besitzstand, welcher das Ergebniss dieser beharrlichen Politik gebildet hatte, und der sich in den centralen Instituten der Staatskanzlei, des Staats-, des Hofkriegsraths und der Hofkammer ausdrückte, wird nunmehr endgiltig preisgegeben. Ministerium des Aeussern, Reichskriegs- und Reichsfinanzministerium treten uns nicht als das, was sie historisch sind, nämlich als constitutionelle Umbildungen dieser 1804 kaiserlich gewordenen Behörden, sondern als völlig neue, von der ungarischen Nation der Krone frei und bedingt gewährte Einrichtungen entgegen. Eine dem alten Reichskronrathe in seinen verschiedenen Formen als Geheimrath, österreichisches Conferenzcollegium, Staatsrath u. s. w. entsprechende, den Einheitsgedanken wahrende, die Ausgleichung der Interessenconflicte zwischen den Theilen fördernde Institution, von der man, wie Caraffa von dem Geheimrath, sagen könnte, *modera tutte le attioni degli altri*, wird nicht mehr geschaffen. Das durch centrale Institutionen seit Jahrhunderten geeinte Reich wird in zwei Theile, wie das ungarische, oder in zwei Hälften, wie sich das österreichische Fundamentalgesetz ausdrückt, zerschnitten, und während die Prärogativen des gemeinsamen Monarchen in den alten Ständeverfassungen sich kräftig genug erwiesen hatten, um eine Verschärfung der wirthschaftlichen Gegensätze der Theile hintanzuhalten und selbst die Umwandlung der Monarchie zu einer grossen Wirthschaftsgemeinschaft vorzubereiten [62]), hält die „gemeinsame" Verfassung des Jahres 1867 geborgen in einer Falte die Alternative zwischen der bedingungslosen Unterwerfung

[62]) Vgl. z. B. das Handschreiben Maria Theresias vom 6. April 1774, betreffend die Errichtung eines Universal-Commercial-Directoriums, hervorgegangen aus der Erkenntniss, wie nöthig es sei, dass zur Einführung und Feststellung eines Universal-Commercii in den gesammten Erblanden eine stetige und fördersame Obsorge, sowohl *in deliberando* als *in expediendo* getragen werde. Assessores sollen sein: von der ungarischen Kanzlei der Fekete, von der böhmischen der Kannegiesser, von der österreichischen der Doblhoffen. Weil sich die Behörde die Uebersicht über den Zusammenhang des erbländischen Commercii und über seinen Zusamenhang mit fremden Nationen zu verschaffen hat, werden die Minister der fremden Pouissancen an sie gewiesen. Also ist dieses Directorium als Reichs-Handelsministerium gedacht. Beer a. a. O. S. 334.

Digitized by Google

des besonnenen und zaghaften Theils unter die Dictatur des leidenschaftlichen und waghalsigen und zwischen dem erbitterten wirthschaftlichen Krieg beider Theile, der, das schwache einigende Band zerreissend, das Ende der Monarchie herbeiführen muss. Und alle diese Neuerungen segeln unter der falschen Flagge der geschichtswidrigen Devise des XII. G. A. 1887, dass ehedem über die durch die gemeinsame Verfassung geregelten Verhältnisse der ungarische Reichstag und der ungarische König im gemeinsamen Einverständnisse verfügten und dass bei Feststellung dieser Verfügungen, weil der ungarische König als absoluter Monarch der übrigen unter seiner Herrschaft stehenden Länder über deren Interessen und Angelegenheiten mit absoluter Macht verfügte, kein anderes Land Einfluss übte.[63]) Freilich als Glieder einer ständischen Reichsversammlung beeinflussten die Angehörigen der anderen Länder die ungarischen Verhältnisse nicht, wohl aber als Glieder eines Reichskronrathes in dem ganzen grossen, einer präcisen Abgrenzung entbehrenden Umfange der monarchischen Prärogative, sowie als Reichsbeamten bei den Reichscentralstellen der Staatskanzlei, des Hofkriegsrathes, der Hofkammer, zu welchen die Ungarn erst im letzten Stadium ihrer Entwicklung den lange angestrebten verfassungsmässigen Zutritt erhielten; ganz zu schweigen von der Ueberflutung Ungarns mit nichtungarischen, für die Verwaltung der königlichen Einkünfte berufenen Beamten. So erhält denn die Sonderstaatlichkeit Ungarns durch die neue Reichsverfassung eine Schärfe des Ausdruckes, wie sie dieselbe während der ganzen Dauer der Herrschaft des Hauses Oesterreich bis zum Jahre 1848 nie besessen hatte und überbietet in diesem Punkte selbst die 1848er Verfassung, sofern die letztere wenigstens die Einheit der Verwaltung der äussern Angelegenheiten als etwas bereits zu Recht Bestehendes gelten lässt, während die 1867er Verfassung auch in diesem Punkte von einer erst jetzt gewährten ungarischen Concession spricht.

Auch in dem weiteren Punkte unterscheidet sich die Reichsverfassung des Jahres 1867 scharf von den reichsverfassungsmässigen Bestimmungen der ständischen Epoche. Diese letzteren

[63]) Es bezieht sich diese Phrase nicht auf die vorhabsburgische Zeit Ungarns, sondern deutlich auf die Zustände unter habsburgischer Herrschaft, für welche sie ganz schief ist.

Digitized by Google

stellen sich wesentlich dar als Erledigungen von Bitten der ungarischen Stände um die möglichste Wahrung der ungarischen Verfassung und des ungarischen Einflusses bei der Organisation der Reichscentralstellen, wobei das Reichsinteresse den Ausschlag gab. Die Reichsverfassung des Jahres 1867 ist die erste, welche auf Grund eines Dictates des ungarischen Reichstags in Betreff der Organisation des Reiches zustande gekommen ist, und in welcher das nationale Interesse über das Reichsinteresse gestellt wird, soferne die Reichsverfassung nicht zustande kommen soll, falls das nationale Interesse nicht befriedigt werden sollte. Die historische Grundlage dieser Verfassung bleibt der ungarische Gesetzartikel XII vom Jahre 1867 [64]), das ihm entsprechende österreichische Gesetz ist nur eine modernisirte, von dem ständischen Curialstil gereinigte Redaction desselben. Der ungarische Reichstag hat im Jahre 1867 vollkommen schulgerecht die Rolle einer Constituante für das ganze Reich gespielt, der gegenüber sich der österreichische Reichsrath mit der bescheidenen Rolle eines einer octroirten Verfassung sich fügenden Parlaments begnügte.

Der sogenannte österreichisch-ungarische Ausgleich des Jahres 1867 kann deshalb nur unter Bedachtnahme auf die politische Constellation der Zeit seines Zustandekommens und auf das politische Calcul jener österreichischen Partei verstanden werden, die mit innerem Widerstreben und im Widerspruche mit der herrschenden Volksstimmung zu demselben mitgewirkt hat. Es ist kein österreichischen Centralist, sondern ein den österreichischen Verhältnissen objectiv gegenüberstehender, den politischen Doctrinarismus der Deutschösterreicher tadelnder, conservativer deutscher Staatsrechtslehrer, der in jüngster Zeit den Ausgleich als *societas leonina* zum Nachtheile Oesterreichs charakterisirt hat.[65]) In der That erscheint es von vornherein unbegreiflich, wie Ungarn, das Kroatien gegenüber den Grundsatz: „Geringere Leistung, geminderte Rechtsstellung“ mit strenger Folgerichtigkeit durchgeführt hat, gegenüber Oesterreich den Grundsatz: „Paritätische Rechtsstellung trotz des Beitragsverhältnisses von 30 : 70“ zu seinen Gunsten durchzu-

[64]) Diese erkennt richtig schon Ulbrich in seinem Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts. 1883, S. 55.

[65]) Zorn im Archiv für öffentliches Recht, Bd. XIII, S. 264.

Digitized by Google

setzen vermochte. Allein die liberal-centralistische Partei des Jahres 1867 calculirte, dass der Ausgleich die Vernichtung der clericalen Herrschaft[66]), die Sicherung des Liberalismus, der deutschen Hegemonie, des Constitutionalismus und des Centralismus in der österreichischen Reichshälfte bedeute, dass der mit dieser Partei verbundenen österreichischen, im Aufsuchen neuer Absatzwege sehr unbeholfenen und eines wahren nicht-bureaukratischen Handelsamtes entbehrenden Industrie ein Absatzgebiet erhalten werde, welches ihr die Bequemlichkeit sichere, in den ausgetretenen Pfaden weiter wandeln zu können. In diesen Vortheilen wurde die Ergänzung der ung. Quote al pari erblickt. Dieses Calcul erscheint unserem heutigen Treppenwitz unwürdig und unklug zugleich. Unwürdig deshalb, weil es auf der Erwartung einer jeweiligen Einmischung Ungarns in österreichische Verhältnisse zu Gunsten der von der österr. Ausgleichspartei hochgehaltenen politischen Principien aufgebaut war. Unklug aber darum, weil sich dieser Ausgleichspreis doch nicht in die Form einer Rechtsverpflichtung Ungarns kleiden liess, somit ein höchst unsicherer war, dann aber auch darum, weil der wirthschaftliche, der österr. Industrie gesicherte Vortheil durch den der ung. Landwirthschaft gewährten ausgeglichen wurde. Sicher ist es, dass gegenwärtig diesem Calcul alle Grundlagen bis auf die für die österr. Industrie bestehenden Vortheile entzogen sind, und dass auch letztere mit der fortschreitenden wirthschaftlichen Selbständigkeit Ungarns allmälig verschwinden werden.

Immerhin bleibt es bemerkenswerth, dass noch im Jahre 1867 eine ausdrückliche Restriction des österreichischen Kaisertitels auf das nichtungarische Gebiet der Monarchie von Seiten der Ungarn nicht verlangt wurde, und doch lag der Anlass hiefür nahe infolge der ihm in den staatsrechtlichen Untersuchungen Lustkandl's beigelegten, mit den ungarischen Bestrebungen und mit der ungar. Verfassung unvereinbaren Bedeutung der Proclamation des Einheitsstaates, deren Widerlegung doch Deák selbst nicht für politisch überflüssig erachtet hatte. Es waren ferner aus demselben Grunde die im ungar. G. A. verwendeten Ausdrücke „Reich", „Monarchie" für die neuorganisirte

[66]) Insoferne hat der österreichische Clericalismus, der Todfeind Ungarns, infolge der vor ihm herrschenden Furcht mittelbar den Sieg Ungarns gefördert.

Digitized by Google

Staatenverbindung mit Rücksicht auf die *Monarchia austriaca* des Kaiserrescripts vom Jahre 1804 zu vermeiden. Aber noch mehr. Die *Monarchia austriaca* im Sinne des Ungarn mitumfassenden österreichischen Kaiserthums kehrt in dem Titel der österreichischen Formulirung der Reichsverfassung mittels des Gesetzes „über die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten" wieder und dieses Gesetz kennt als monarchisches Haupt der Staatenverbindung nur den Kaiser. Dieser Kaiser ist es, der die gesammte Armee leitet und führt, der die Delegationen, also nicht blos die österreichische, einberuft, ihren Versammlungsort bestimmt, mit dessen Genehmigung oder in dessen Auftrag ihre Sitzungen geschlossen werden, dessen Sanction für die Wirksamkeit ihrer Beschlüsse erforderlich ist, der auch die Beschlüsse der beiden Parlamente über die Regelung der Beitragsverhältnisse zu sanctioniren hat, der endlich, wenn eine Vereinbarung hierüber zwischen diesen Parlamenten nicht rechtzeitig zustande kommt, dieses Verhältniss allein bestimmt. Und trotz dieser „österreichischen" Ungarn mitumfassenden Monarchie mit dem Kaiser an der Spitze wird das mit diesen Bezeichnungen operirende österreichische Gesetz von den Ungarn als Perfectionirung der neuen Reichsverfassung anerkannt! Ja sogar in der Sanction der ungarischen Verfassungsgesetze des Jahres 1867 tritt der Monarch im vollen Ornate des grossen Kaisertitels auf und vielleicht sind dieselben, diesem Titel entsprechend, mit dem grossen Majestätssiegel gesiegelt worden. Deshalb ist auch der Rechtszustand auf dem Gebiete des Staatstitelwesens, wie er sich unmittelbar an die Perfection der Reichsverfassung vom Jahre 1867 anschliesst, der, dass ungeachtet derselben für den Monarchen als Beherrscher über das ganze Gebiet der Monarchie, Ungarn mitbegriffen, der Titel Kaiser von Oesterreich und für das Gebiet selbst die Bezeichnung Kaiserthum Oesterreich in Staatsverträgen fortgeführt wird.[67]) Offenbar wollte und

[67]) Vgl. diesfalls die internationale Schifffahrtsordnung für den Bodensee vom 22. September 1867, österreichischerseits ratif. am 4. Januar 1868, R. G. Bl. Nr. 19, den Handels- und Zollvertrag zwischen Sr. k. k. apost. Majestät und Sr. Majestät dem König von Preussen v. 9. März 1868, ratif. am 26. Mai 1868, R. G. Bl. Nr. 18. Auch die Marginalrubrik in der deutschen Ausgabe des ungar. Gesetzblattes bezeichnet bis Ende 1868 die dort publicirten Staatsverträge als Verträge Oesterreichs!

Digitized by Google

konnte man nicht das in dem Kaisertitel liegende, allen Völkern der Monarchie zustatten kommende grosse politische Capital preisgeben, wie dies aus völkerrechtlichen Gründen hätte geschehen müssen, wenn das Kaiserreich um Ungarn reducirt worden wäre, da seinerzeit dem völkerrechtlichen Anspruch der Dynastie auf den Kaisertitel, die Berufung auf den Gesammtbesitz des Hauses Oesterreich unterlegt worden und daraufhin auch die Anerkennung desselben seitens der fremden Staaten erfolgt war. Erst 1868, also fast ein volles Jahr nach der Fertigstellung der Reichsverfassung, wird mittels blosser Amtsblätter ein Allerhöchstes Handschreiben an den Freiherrn von Beust verlautbart, durch welches die Umänderung des bisherigen Titels Kaiser von Oesterreich, König von Ungarn und Böhmen u. s. w. in den Kaiser von Oesterreich, König von Böhmen u. s. w. und Apostolischen König von Ungarn und die ihm entsprechenden kürzeren Titel, jener des Kaiserthums Oesterreich in Oesterreichisch-Ungarische Monarchie, Oesterreichisch-Ungarisches Reich verfügt wird. Die Wirksamkeit dieser Titeländerung mittels eines einseitigen monarchischen Actes ruht, staatsrechtlich betrachtet, sowohl für Ungarn als auch für die nichtungarischen Länder nur auf gewohnheitsrechtlicher Uebung. Für Ungarn fehlt es an einer verfassungsmässigen Form der Publication. Die angewendete Form der Publication erinnert an die nach ungarischem Staatsrecht für den Normalfall verpönten Patente, für die andern Länder kommt ausser diesem Mangel der Umstand in Betracht, dass der Titel „österreichische Monarchie“ als Bezeichnung für das ganze Herrschaftsgebiet des Hauses Oesterreich durch das Staatsgrundgesetz über die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten grundgesetzlich festgelegt erscheint. Hiemit nun hängt es weiter zusammen, dass diese verfassungsmässige Bezeichnung der Gesammtmonarchie im nichtungarischen Theil derselben fortan mit der grössten Strenge festgehalten wird und die im absoluten Staate gangbar gewesene nicht verfassungsmässige Nebenverwendung der auf dem Kaiserpatente ruhenden Bezeichnungen für die nichtungarischen Länder gemieden wird. Diese führen schon in der Decemberverfassung und fortan ausschliesslich die Bezeichnung „die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“, welche auf den Gegensatz der ausserhalb des Reichsrathes stehenden, vom

Digitized by Google

Standpunkte der österreichischen Monarchie hineingehörigen ungarischen Länder hinweist und so dem Reichsrath das Merkmal der Halbheit und Unfertigkeit aufprägt.[68]) Mit welcher Geflissentlichkeit und mit wie stark ausgeprägter Absicht die österreichische Gesetzgebung sich auf den Standpunkt des Kaiserpatentes und damit zugleich in einem ausgesprochenen Gegensatz zu der Verschwommenheit des früheren Sprachgebrauches stellt, erhellt daraus, dass mittels Gesetzes vom 10. Juni 1869, R. G. Bl. Nr. 113, ein Reichsgesetzblatt für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder geschaffen wird, weil das 1849 geschaffene für das ganze Kaiserthum Oesterreich. Ungarn mitbegriffen, Geltung hatte, und die bis dahin stattgefundene Fortführung des alten Titels für ein Gesetzblatt mit eingeschränkter territorialer Wirkung verfassungswidrig erschien. Das bestehende Reichsgesetzblatt führt deshalb seit 1870 nicht mehr den Titel eines Reichsgesetzblattes für das Kaiserthum Oesterreich, wieder ein Beweis, dass die nichtungarischen Länder der Monarchie allein dieses Kaiserthum nicht sein wollen und nicht sind.

Dies vorausgeschickt, ergibt sich folgende staatsrechtliche Erwägung von selbst: Die herrschende Ansicht nimmt ohne tieferes Eingehen in die Sache den Titel des Handschreibens „Kaiser von Oesterreich, König von Böhmen u. s. w. und Apostolischer König von Ungarn" für den Ausdruck der Stellung des Monarchen als Herrschers über die zwei die Monarchie bildenden Staaten, so dass der Kaiser von Oesterreich das monarchische Oberhaupt der nichtungarischen Länder, der König von Ungarn das Staatsoberhaupt der Länder der ungarischen Krone bedeute. Die herrschende Meinung lässt sich bei dieser Deutung ausschliesslich von der Erwägung leiten, dass in dem Handschreiben ein Entgegenkommen zu Gunsten der Klarstellung

[68]) Die Verfassung für die nichtungarischen Länder will ausgesprochenermassen nicht die Verfassung der „österreichischen Monarchie" sein. Darum der demonstrative Gegensatz zwischen den allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten des Ges. v. 21. Dec. 1867, R. G. Bl. Nr. 146, welche Monarchie laut §. 1 dieses Gesetzes durch die Länder der ung. Krone und die im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder gebildet wird, und den Angelegenheiten des §. 11 des Ges. von demselben Datum Nr. 141 des R. G. Bl., welche nur den im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind. Nur das Staatsbürgerrecht ist ein österreichisches.

Digitized by Google

der Staatlichkeit Ungarns auch nach aussen hin bekundet werden wollte. Es ist nun vor allem, wie sich später zeigen wird, eine *petitio principii*, dass eine solche Klarstellung nur dann vorliege, wenn der Titel des Handschreibens im Sinne der herrschenden Auffassung gedeutet wird. In erster Linie steht aber die staatsrechtliche Erwägung, dass die herrschende Auffassung den Bestand eines Staates Oesterreich in einem gegenüber den Staatsacten des Jahres 1804 verengerten Sinne, in welchem er nur die nichtungarischen Länder umfasst und einen über diesen Staat herrschenden Kaiser von Oesterreich voraussetzt. Die Gesetzgebung der nichtungarischen Länder kennt aber weder einen Staat, noch einen Kaiser von Oesterreich in diesem engeren Sinne des Wortes und hält, wie alle seit dem Jahre 1867 zustande gekommenen Quotengesetze beweisen, strenger als die Vergangenheit an der Auffassung der österreichischen Monarchie im Sinne des Patentes und des Rescriptes vom Jahre 1804 fest. Diese somit in der Gesetzgebung der nichtungarischen Länder gelegene Feststellung, dass sie allein nicht Oesterreich sind, konnte der Monarch als gemeinsamer Herrscher ebensowenig in ihr Gegentheil ändern, als er in dieser Eigenschaft den Titel Ungarns zu verändern vermöchte.

Bleibt also noch die Auslegung offen, dass der Titel Kaiser von Oesterreich im Sinne des Allerhöchsten Handschreibens ein von Gebiet und Volk völlig abgelöster, ein Titel in den Wind, ein Titel ohne Mittel, ein blutleerer, declassirter Kaisertitel sei, zu welchen ihn Herr Sch. in der „Allgemeinen Zeitung“ (Nr. 4) erniedrigen möchte. Diese Deutung ist aber aus doppeltem Grunde unstatthaft. Sie widerstrebt der völkerrechtlichen, zwischenstaatlichen Auffassung von der Bedeutung des Kaisertitels. Dann aber lässt die im Handschreiben getroffene Anordnung, es solle fortan für alle unter dem Scepter des Monarchen vereinigten Königreiche und Länder fortan die Bezeichnung Oesterreichisch-Ungarische Monarchie, Oesterreichisch-Ungarisches Reich gebraucht werden, deutlich erkennen, dass der künftige Titel des Monarchen als gemeinsamen Herrschers auf das ganze Gebiet der Monarchie hinweisen, also wie bisher ein Gebietstitel sein sollte. Deshalb kann die Deutung des Kaisertitels als eines territorial nicht fundirten, also z. B. als eines blos dynastischen Titels nicht richtig sein, weil sonst

Digitized by Google

in der Titulatur des gemeinsamen Herrschers aller Vernunft und der erkennbaren Absicht des Handschreibens zuwider das ganze Gebiet der nichtungarischen Länder ausser Anschlag bliebe.

Existirt nun kein engerer, die nichtungarischen Länder bedeutender Staat Oesterreich und ein über denselben herrschender Kaiser von Oesterreich und erscheint es der ganzen Tendenz des Handschreibens zuwiderlaufend und zugleich absurd, wenn man annimmt, dass der Titel Kaiser von Oesterreich als gebietsloser, dynastischer Titel dem Gebietstitel König von Ungarn vorangestellt, und dass in dem Titel des gemeinsamen Herrschers jeder Hinweis auf die nichtungarischen Länder vermieden werden wollte, so bleibt keine andere Deutung übrig als die, dass der Titel des Handschreibens nur der modificirte, alte — auf die noch in der österreichischen Gesetzgebung festgehaltene österreichische Monarchie des Patentes und auf die *Monarchia austriaca* des Rescriptes fundirte — Kaisertitel sei, und dass dieser Titel noch immer nicht todt sei. Die durch das Handschreiben herbeigeführte Modification besteht dann darin, dass nunmehr nach aussen kundgegeben wird, dass innerhalb der Ungarn mitumfassenden österreichischen Monarchie Ungarn einen besonderen Staat bilde, dass der in der alten Titulatur mit dem König von Böhmen, von Galizien u. s. w. im Gefolge des Kaisers von Oesterreich ohne besondere Distinction aufziehende König von Hungarn kein blosser historischer König sei, dass vielmehr dem König von Ungarn die actuelle staatsrechtliche Bedeutung des Oberhaupts eines wirklichen monarchischen Staates zukomme. Und so bedeutet dann auch die Oesterreichisch-Ungarische Monarchie die österreichische, Ungarn mitumfassende *Monarchia austriaca* unter distincter Hervorhebung des ungarischen Gebietes als eines, ein besonderes Staatsgebiet bildenden Theiles derselben.[69])

[69]) Mit dieser Deutung trifft zusammen folgende Bemerkung aus der Erwiderung Baron Dipauli auf in die Nr. 12.078 f.: 1898 „N. Fr. Pr." veröffentlichte Abwehr des Grafen Julius Andrassy, Reichswehr Nr. 1500, 1898, S. 3: „Zur Vermeidung jedes Missverständnisses muss ich bemerken, dass ich in diesen Zeilen der Einfachheit wegen die Reichsrathsländer mit „Oesterreich" kurzweg bezeichnete, ohne hiedurch irgendwie dem historischen Begriff des Kaiserthums Oesterreich zu präjudiciren, da im ganzen Complexe der Staatsgrundgesetze und Ausgleichsgesetze das Wort „Oesterreich" für die Reichsrathsländer nicht in Anwendung kommt."

Digitized by Google

Der Titel Kaiser von Oesterreich und König von Ungarn erläutert somit den alten Kaisertitel dahin, dass innerhalb der *Monarchia austriaca* Ungarn einen besonderen, in seinen Sonderstaatsangelegenheiten vom ungarischen König beherrschten Staat bilde, der aber noch immer zusammen mit dem anderen Theile der Monarchie unter der untrennbaren Herrschaft eines für das ganze Gebiet gemeinsamen Staatsoberhauptes stehe. Wir müssen lesen: Kaiser von Oesterreich und König des in Oesterreich mitbegriffenen, einen Staat bildenden Ungarn. Sonach ist der Titel Kaiser von Oesterreich der universale, der des Königs von Ungarn der particulare. Der Titel des Kaisers von Oesterreich ist dann der den Königstitel überschattende und überragende. Der Kaisertitel ist der umschliessende, der Königstitel der umschlossene. Es besteht dann ein gewisser Parallelismus zwischen dem Titel Kaiser von Oesterreich und Apostolischer König von Ungarn einerseits und dem Titel König von Ungarn und von Croatien, Slavonien und Dalmatien andererseits, insoferne, wie der G. A. XII vom Jahre 1867 beweist, Ungarn auch in dem universalen Sinne des Croatien in sich fassenden ganzen ungarischen Staates genommen werden darf. Kurz der Kaiser von Oesterreich des Jahres 1804 trägt, militärisch ausgedückt, infolge des Handschreibens eine die Staatlichkeit Ungarns scharf hervorhebende Distinction.[70]) Oder es ist dem Kaisertitel in seiner alten Bedeutung ein Schnörkel zu Gunsten der Declaration des ungarischen Staatsrechtes angehängt worden. Diese Deutung trägt der Tendenz des Handschreibens, den König von Ungarn aus der Reihe der nunmehr nur historischen, in den alten Titulaturen aufziehenden Herrscherpersönlichkeiten als ein wirkliches Staatsoberhaupt hervorzuheben, ausreichend Rechnung, ihr kommt aber überdies die wichtige Erwägung zu statten, dass sich die Wirksamkeit des Handschreibens nur auf gewohnheitsrechtliche Uebung zu stützen vermag, dass das moderne constitutionelle Staatsrecht aus politischen und historischen Gründen dem Gewohnheitsrechte feindlich gegenübersteht, und dass deshalb jede gewohnheitsrechtliche Uebung im Zweifel *secundum* und höchstens

[70]) Angedeutet findet sich diese Distinction schon in älteren Staatsverträgen Franz II., wo es heisst: „Kaiser von Oesterreich" u. s. w., „auch Apostolischer König von Ungarn".

Digitized by Google

praeter legem ausgelegt werden muss, nicht aber *contra legem* gedeutet werden darf. Die aber noch heute massgebenden *leges* sind das Patent und das Rescript des Jahres 1804 und des Jahres 1806 und das auf diesen Acten fussende, auch in Ungarn als Grundlage der gemeinsamen Verfassung anerkannte Grundgesetz über die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung.

In der Praxis kommt die hier vertretene Deutung zur Geltung in der Anerkennung der kaiserlichen Residenz als Sitz der Reichsbehörden, dann durch Verwendung des alten mittleren lateinischen Kaisertitels und der ihm entsprechenden Siegelung in Staatsverträgen[71]), durch Festhaltung der Anschauung, dass das Handschreiben nur an dem kleinen Titel eine Aenderung hervorgerufen habe, und dass der grosse und mittlere Titel mit den ihnen entsprechenden Wappen und Siegeln, in denen Ungarn der distincten Hervorhebung aus den Bestandtheilen der Monarchie entbehrt, noch fortbestehe[72]) durch die Fortführung des kaiserlichen Reichs- und Doppeladlers mit allen Länderwappen auf den Fittigen, in den Fahnen der stehenden Armee, durch die Einleitung des militärischen Diensteides u. s. w.

Man mag aber gegen die hier vertretene Deutung einwenden, was man will, so steht Eines unumstösslich fest: Um den Titel des gemeinsamen Monarchen im Sinne der dualistischen Auffassung festzulegen, wären folgende verfassungsmässige Vorgänge unerlässlich: Einmal ein Verfassungsgesetz für die nichtungarischen Länder, welches dieselben zum Kaiserthume Oesterreich, den Kaiser zum Kaiser von Oesterreich erhebt. Ferner aber,

---

[71]) Man vgl. irgend einen mit der lateinischen Ratificationsformel versehenen Staatsvertrag im Reichsgesetzblatte. In Ungarn wird nur der Inhalt des Vertrages als Gesetz inarticulirt, die Ratificationsformel als nur dem dritten Staate ertheiltes solennes Versprechen weggelassen.

[72]) Vgl. die Titulatur des Kaisers im Haus-Hof- und Staats-Handbuche. Auch die Sanctionsformel für die G. A. 1867 enthielt wie bemerkt noch den grossen Titel des Monarchen, vielleicht auch jetzt noch die Sanctionsformel für besonders bedeutsame ungarische Gesetze? Die nunmehr dem Reichsrathe vorgeschlagene Regelung der Wappen auf den künftigen Banknoten steht mit dieser Praxis nicht im Widerspruch, sofern es sich hier nicht um eine sogenannte pragmatische Angelegenheit handelt.

Digitized by Google

weil es sich um die Regulirung des gemeinsamen Titels handelt, ein Doppelgesetz beider Staaten, in welchem unter Abänderung des Patentes und des Rescriptes vom Jahre 1804 festgestellt wird, dass der Titel Kaiser von Oesterreich nicht mehr auf den unzertrennlichen Besitz der unabhängigen Königreiche und Staaten des Hauses Oesterreich und nicht mehr auf das *inseparibile regimen regnorum et indepedentium ditionum domus Austriacae*, nicht mehr auf den vereinigten österreichischen Staatenkörper, nicht mehr auf das *unitum ditionum corpus*, sondern nur mehr auf das neu erstandene, engere Kaiserthum Oesterreich bezogen werden dürfe. Zum mindesten vom Standpunkte der Verfassung der nichtungarischen Länder[78]) kann es nicht bezweifelt werden, dass beide Titelregelungen, die eine, weil sie die Abänderung des gesetzmässigen Titels „die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder", die zweite, weil sie die Aenderung des Titels des Grundgesetzes über die gemeinsamen Angelegenheiten betrifft, sich ohne Mitwirkung des Reichsrathes nicht vollziehen könnte.

VII.

So schwierig die Bestimmung der staatsrechtlichen Bedeutung des österreichischen Kaisertitels infolge seiner im Jahre 1868 erfolgten Modification geworden ist, so greifbar ist die politische Rückwirkung der gegenwärtigen Gestaltung der Reichsverfassung auf die Lage der Monarchie. Wird der Erfolg eines Staatsactes an der Stärke des Risses gemessen, den er zwischen Gegenwart und Vergangenheit herstellt, dann ist der Erfolg der Staatsmänner, welche die neue Reichsverfassung geschaffen haben, ein ganz gewaltiger. Sie haben das zuletzt auch

---

[78]) Diese Länder bilden gegenwärtig das einzig dastehende, an die Figur Peter Schlemihl's erinnernde Beispiel eines namenlosen, monarchischen Einheitsstaates, der zu einer schleppenden, seine monarchische Staatsform unvollkommen ausdrückenden, auf einen Föderativstaat hindeutenden Beschreibung greifen muss, um sich zu kennzeichnen. Die böhmischen Fundamentalartikel (XIV) haben es versucht, einen negativen Eigennamen für dieses Staatsgebiet — *difficile est* etc. — von Ungarn zu entlehnen, indem sie officiell von den „nichtungarischen" Ländern sprechen. In der staatlichen Praxis (vgl. die Staatsverträge R. G. Bl. Nr. 97 ex 1892, Nr. 122 ex 1893) hat sich zur Vermeidung der oben angeführten descriptiven Bezeichnung der Noth-, Bequemlichkeits- und Lehntitel „Oesterreich" herausgebildet. Aber dieser Praxis fehlt die verfassungsmässige Unterlage.

Digitized by Google

von der ungarischen Nation und von den ungarischen Gesetzen übernommene Ergebniss einer staatlichen Arbeit von Jahrhunderten vernichtet. Anders lautet die Antwort, wenn man den Erfolg einer politischen Leistung nach der Dauerhaftigkeit und Festigkeit des durch dieselbe Geschaffenen beurtheilt. Man kann den parteipolitischen Standpunkt vertreten, dass eine Staatenverbindung zwischen Ungarn und dem nichtungarischen Theile der Monarchie weder einem politischen noch einem culturellen Bedürfnisse entspreche. Es ist dies zwar nicht der Standpunkt der pragmatischen Sanction, welche auf die Errichtung einer *unio in aevum perdurans* zu einer Zeit abzielte, da die Macht der Türkei schon gebrochen war, aber seit 1723 könnten die damals noch vorhandenen Voraussetzungen der Vortheilhaftigkeit einer solchen *unio* völlig geschwunden sein. Nun aber steht das ungarische Fundamentalgesetz vom Jahre 1867, welches einen Bestandtheil der Reichsverfassung bildet, nicht auf diesem, sondern auf dem entgegengesetzten Standpunkte, dass die Förderung der Lebensbedingungen und des Fortbestandes, dass die Macht der Monarchie auch ein Lebensinteresse seiner Theile und somit auch Ungarns bilde, also auf dem Boden der Kaiseridee vom Jahre 1804. Von diesem Standpunkte aber ist das ungarische Fundamentalgesetz ein widerspruchsvoller, unzulänglicher Staatsact, der einen seiner Absicht entgegengesetzten Erfolg herbeigeführt, und der zwischen den Extremen der Personalunion und des Einheitsstaates einen Mittelweg eingeschlagen hat, welcher zweifellos nicht der goldene ist.

Das Gesetz bedeutet vor allem die verhängnissvolle Proclamation der Idee des völkertrennenden nationalen Königoder Fürstenthums an Stelle der völkereinigenden Kaiseridee. Der durch das ungarische Gesetz bekundete Sieg des nationalen Königthums über das Kaiserthum wiegt heute bei weitem schwerer als ein zeitweilig vorkommendes Zurückweichen des Centralismus vor den sonderstaatlichen Bestrebungen der ungarischen Stände in früheren geschichtlichen Epochen, in welchen das Land noch ein Heer von deutschen Beamten ohne Rebellion zu ertragen vermochte und die Abschaffung der lateinischen Sprache, der Sprache der staatlichen und Selbstverwaltungsbehörden, sowie des Reichstages, als Sacrilegium erschienen wäre. Nunmehr fällt aber dieser Sieg in eine Zeit, in welcher der ethische Ge-

Digitized by Google

halt der Nationalitätenidee immer mehr schwindet und einem culturfeindlichen unstaatlichen nationalen Chauvinismus Platz macht. Ungarn hat, rücksichtslos als Nationalstaat sich aufspielend und die geschichtlichen Bedingungen seines Bestandes verleugnend, die centrale, politisch bedeutsame, für die Ueberwindung des egoistischen Particularismus der habsburgischen Länder unentbehrliche und deshalb auch Ungarn zustattenkommende Institution des Staatsrathes, welche das Reich Jahrhunderte lang zusammengehalten hatte und in Ungarn selbst anerkannt war, über den Haufen geworfen, ohne dieselbe selbst für das so dürftige enge Gebiet der gemeinsamen Angelegenheiten durch eine zeitgemässe Einrichtung zu ersetzen. *Exempla trahunt.* Der das ungarische Ausgleichsgesetz beherrschende Geist staatlicher Zersetzung hat gegenwärtig alle österreichischen Völker oder zum mindesten grosse Schichten derselben ergriffen, die alle ihren ungarischen Ausgleich mit der Idee des Kaiserreiches verlangen, wobei das Ausgleichen im letzten Erfolge auf „dem Boden gleichmachen" hinauskommen muss. Dass hier nur ungarischen Spuren gefolgt wird, wird in politischen Reden der nationalen Parteiführer ausdrücklich zugestanden. Alle nationalen Parteien verlangen für ihr Volk die Möglichkeit, sich innerhalb des Staates ausleben zu können, d. h. so leben zu können, als wären sie allein da, während doch der Staat auf ihr Zusammenleben berechnet ist, das ohne nationale Selbstbeschränkung nicht gedacht werden kann. Allein, da Ungarn zu seiner Stellung in der Monarchie doch nicht kraft des Rechtes allein, sondern über sein historisches Recht hinaus durch geschickte und scrupellose Ausnützung der politischen Machtverhältnisse gelangt ist, warum sollte man zögern, im geeigneten Momente diesem Beispiele zu folgen? So bleibt der Monarch mit der ihm ergebenen Armee und mit der Wiener Regierung als der einzige Träger des Einheitsgedankens zurück. Allein unter die Herrschaft der constitutionellen Staatsform erweist sich die Last für diese Schultern zu schwer und das Zurückgreifen auf den Absolutismus als der Weisheit höchster Schluss.

Die periodisch zu vollziehende Vereinbarung über das Verhältniss der Beitragsleistung zu den Kosten der Erhaltung der Existenzbedingungen in der Form eines Vertrages zwischen

Digitized by Google

zwei feilschenden Parteien legt periodisch die schwachen Fundamente der Monarchie bloss. Schon der vierte Ausgleichsversuch hat das Reich in seinen Grundfesten erschüttert. Steht bei jeder ernsthaft gewollten und durchgeführten Staatenverbindung die materielle Grundlegung der politischen Macht derselben ausser Frage, so stellt die gegenwärtige, angeblich auf die materielle Sicherung der Machtbedingungen der Monarchie gerichtete Reichsverfassung diese fortwährend in Frage.[74])

Die Reichsinstitutionen und somit auch die Armee entbehren einer festen materiellen Fundirung und ihre materielle Fristung ist Gegenstand periodischer Verhandlungen zwischen zwei Parlamenten. Da nun Wien als Mittelpunkt des alten Oesterreich, als Kaiserstadt kraft einer unwiderstehlich fortwirkenden Tradition noch immer der Sitz der Reichs- und Kaiserpolitik ist, so kann sich die Wiener Regierung dem Banne dieser Politik nicht entziehen. Sie ist nicht österreichische Regierung, wie die ungarische Regierung ungarisch ist und nichts als dies, sondern in erster Linie kaiserliche oder Reichsregierung. Ihre grösste Sorge bildet das Zustandebringen des nächsten Ausgleiches. und diese Sorge ist bei der Bedeutung der Aufgabe, von deren Lösung der Fortbestand und die ganze Machtstellung der Monarche abhängt, bei der Schwerfälligkeit der verfassungsmässigen Formen der Verhandlung, bei der Kälte der ungarischen Nation gegenüber dem Reichsgedanken nicht gering. *Post equitem sedet atra cura.* Darum bestimmt sich auch die Zusammensetzung. die Dauer der Wiener Regierungen nach ihrer Fähigkeit, den Ausgleich zu Wege zu bringen. Er ist das Ziel, dem sich die ganze Sonderstaatspolitik unterzuordnen hat und in dessen Verwirklichung sich die ganze Kraft der Regierungen verzehrt. Nothgedrungen werthet deshalb wieder jede Regierung die politischen Parteien lediglich nach ihrer Bereitwilligkeit, den Ausgleich zu fördern und zahlt für dieselbe die höchsten Preise. Unser gegenwärtiger Zustand ist ja auch eine Folge der Thatsache, dass sich eine unaufhaltsame Massregel in der Form einer Preisleistung für Ausgleichs-

[74]) Wie sich unsere Verhältnisse in dem Geiste unbefangener und conservativer Ausländer spiegeln, darüber vgl. des Amerikaners Lawrence Lowell *Governments and Parties in Continental Europe II.* S. 72, 78, 90 ff., 120. 121 und über ihn Zorn im Archiv für öffentl. Recht, Bd. XIII, S. 264 f.

Digitized by Google

bereitschaft zum Nachtheile der einen und zum Vortheile einer anderen Nation vollzogen hat, oder dass diese Massregel zum Mindesten den Schein einer solchen Preisleistung gegen sich hat. Fasst man nun die Wirkung der staatsrechtlichen Stellung der ungarischen Nation auf die übrigen Völker der Monarchie und auf die durch das Ausgleichspensum von dem österreichischen Sonderstaatsinteresse völlig abgezogene Wiener Regierung ins Auge, so muss diese Wirkung aus einem doppelten Grunde als eine Oesterreich desorganisirende bezeichnet werden. Der Dualismus hat keine der Erwartungen jener österreichischen Partei erfüllt, die ihn gegen das innere Widerstreben der österreichischen Völker begründet hat. Er hat weder die Hegemonie der Deutschen, noch den Liberalismus, noch den Constitutionalismus, noch den Centralismus in Oesterreich zu sichern vermocht, dafür aber die Gefahr eines beide Theile verheerenden, ruinösen wirthschaftlichen Krieges zwischen denselben in den Bereich ernsthafter Discussion gerückt, eine Gefahr, welche während der ganzen Dauer der Vorbehandlung der gemeinsamen Interessen der Monarchie durch einen einheitlichen Staatsrath nicht bestanden hat. Und in einer derartigen Gestaltung der Reichsverfassung soll eine bessere Sicherung der Existenz, der Machtbedingungen der Monarchie gegenüber der Vergangenheit erblickt werden?

Was die Sache aber noch ernster macht: Die Opfer, die dem ungarischen Separatismus gegenüber der Vergangenheit im Jahre 1867 gebracht wurden, erweisen sich als fruchtlos. Die Hoffnung, der Dualismus werde die beiden Staaten näher bringen, stellt sich nunmehr als grosse Täuschung heraus. Der Reichsgedanke hat während des 31jährigen Bestandes der Neugestaltung der Monarchie an Boden eher verloren als gewonnen. Durfte noch der XII. G. A. 1867 von der Monarchie, vom Reich, das erste ungarische Wehrgesetz vom Gesammtreich sprechen, so gelten derartige Ausdrücke gegenwärtig in Ungarn als Versündigung gegen die Nation. In angesehenen publicistischen Organen und in staatsrechtlichen Abhandlungen wird allen Ernstes als Rechtsanschauung vertreten, dass Ungarn trotz der gemeinsamen Verfassung die unumschränkte Souveränität eines isolirten Einheitsstaates besitze, dass es selbst die gemeinsamen Angelegenheiten einseitig behandeln, also auch die Reichsverfassung einseitig aufheben könne, kurz, dass der G. A. XII.

Digitized by Google

1867 eine einseitige, widerrufliche Erklärung ohne jedes Obligo, ein nur Oesterreich bindendes *negotium claudicans* begründe.[75]) So rechts- und verfassungsbrecherisch diese Ansicht ist, so bezeichnend ist sie für die Stärke der ungarischen Wurzeln der Reichsidee.

So stehen sich denn die Völker beider Staaten so kühl als möglich gegenüber. Ungarn insbesondere hat für Oesterreich nur internationale, nicht aber bundesgenossenschaftliche Empfindungen. Es steht Oesterreich gegenüber anf dem kühlen rechnerischen Standpunkt eines fremden Staates, bereit, Vortheile von jeder Art Regierung anzunehmen, sie sei eine slavische, eine clericale, ja selbst eine absolutistische[76]), gleichgiltig gegen die Bedeutung der gewährenden Regierung für die Entwicklung der Monarchie. Es arbeitet mit aller Kraft auf die Herstellung seiner wirthschaftlichen Unabhängigkeit, und bereitet sich unverhohlen auf den Fall des §. 68 des XII. G. A. vor, während die Wiener Regierung sich gar nicht getraut, an denselben nur zu denken.[76a]) Einer der eifrigsten ungarischen Vertreter der Neugestaltung der Monarchie muss nach 30 Jahren in einem umfangreichen Buche, um den Ausgleich seinen Landsleuten erhaltungswürdig erscheinen zu lassen, auf die aus demselben erwachsene ungarische Präponderanz hinweisen, zugleich aber alle besonnenen österreichischen Politiker warnen, sich solcher Ausdrücke zu enthalten, welche auf eine

[75]) Vgl. J. Sch. in Nr. 229: 1897, des „Pester Lloyd" und die Andeutungen desselben über das Werk von Gustav Beksics: Der Dualismus, seine Geschichte und unsere nationalen Aspirationen, dann den vielerörterten Artikel im „Pester Lloyd" über die einseitige Behandlung der gemeinsamen Angelegenheiten, gegen den selbst Jellinek, für welchen die österreichisch-ungarische Monarchie nur eine äusserliche völkerrechtliche Staatenverbindung ist, in der „N. Fr. Pr." Stellung genommen hat.

[76]) So räth der Vicepräsident des ungarischen Abgeordnetenhauses Ludwig Lang (vgl. „N. Fr. Pr.", Nr. 12.077, 1898, S. 3) seinen Landsleuten, die ihrem politischen Verfall zueilenden Deutschen Oesterreichs ihrem Schicksal zu überlassen und mit dem Slavisirungsprocesse dieses Staates zu rechnen. Die ungarische Nation werde so die centralistisch gesinnten Deutschen los. Es lässt sich also dieser Politiker weder durch die Tage des Banus Jellacić, noch durch die croatische und slovakische, wallachische Frage, noch durch die allslavische Umklammerung Ungarns bange machen. Der „Pester Lloyd" hinwiederum legte 1897 die Reichsverfassung in dem Sinne aus, dass sie ein Zusammengehen mit einer absolutistischen Oesterreich keinesfalls ausschliesse.

[76a]) Vielleicht wird daran auch die Idee einer stärkeren Pflege der überseeischen Handelspolitik scheitern.

Digitized by Google

Ermannung, auf die Erwachung des österreichischen Selbstgefühles gegenüber dieser Präponderanz gedeutet werden könnten, weil sonst das ganze Ausgleichswerk einer Katastrophe zueilen würde. Dies also ist die Art, wie die Lebensbedingungen und die Macht der Monarchie im Jahre 1867 gesichert worden sind.

Anscheinend ist nun die Schwäche Oesterreichs die Wurzel der Stärke Ungarns. Insoferne aber die Machtstellung des Reichs im Sinne der Kaiseridee eine Existenzbedingung für Ungarn ist, weil nach menschlicher Berechnung Ungarn mit der Monarchie steht und fällt, kann es nicht ausbleiben, dass die chronische Zersetzungskrankheit, von welcher Oesterreich infolge der unzulänglichen Gestaltung der Reichsverfassung befallen worden ist, wegen ihrer Einwirkung auf die Machtstellung des Reiches zuletzt auch Ungarn ergreifen muss. Es ist klar, die österreichische Frage ist auch die ungarische Frage, so sehr man auch in Ungarn sich versucht fühlt, das zu leugnen.[77]) Bei der Bera-

[77]) Hat doch die gegenwärtige österreichische Krise auch auf Ungarn hinübergegriffen und diesen Staat in einem selbst vom ungar. Standpunkt nicht erwarteten Momente vor die Gefahr einer problematischen, uferlosen Politik gestellt. Ich habe in Nr. 37 des Jahrg. 1897 der Jurist. Blätter die Möglichkeit eines verfassungsmässigen Auswegs gegenüber dem Zwange einer sofortigen Entscheidung in dem Sinne erörtert, dass, wenn die Ausgleichsaction nicht rechtzeitig perfect werde, Ungarn und Oesterreich durch einseitige, inhaltlich übereinstimmende, aber nicht vertragsmässige Acte ein Provisorium treffen könnten, und in Nr. 247 : 1897 des „Pester Lloyd" die weitere Möglichkeit der Gewährung parlamentarischer Indemnität für eine einseitige bezügliche Massregel der ungar. Regierung angedeutet. Die politischen Ereignisse haben sich, wenn auch nicht infolge dieser Erörterungen, so doch vermöge des Zwanges der Thatsachen ganz im Sinne derselben vollzogen. Die ungar. Regierung galvanisirte erloschene Ausgleichsgesetze und liess sich hiefür die Indemnität ertheilen. Herr J. Sch. hat in Nr. 229 : 1897 des „Pester Lloyd" meine Erörterungen in den „Jurist. Blättern" als Ungarn nicht interessirend geringschätzig beiseite legen zu können vermeint. Er hat ferner meine Andeutung einer möglichen Indemnisirung provisorialer Massregeln der ungar. Regierung in Nr. 252 desselben Jahrgangs deshalb, weil ich die Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit ihrer Realisirung von einer vorläufig fehlenden gründlichen Durchforschung der ungar. Verfassungsgeschichte abhängig erklärte, in das Selbstbekenntniss meiner völligen Ignoranz auf dem Gebiete des ungar. Verfassungswesens verdreht, welches ihn der Nothwendigkeit eines weiteren Streites enthebe Wie die Ausführungen des Herrn J. Sch. in der „Allgemeinen Zeitung" beweisen, hat derselbe an dieser Ansicht nicht lange festgehalten.

Digitized by Google

thung des Gesetzes betreffend die allen Ländern der österr. Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten that der ältere Plener folgende bemerkenswerthe Aeusserung: „Ich hoffe, dass Ungarn an der Hand der Erfahrung zur Einsicht über den Werth der Vereinigung mit der diesseitigen Reichshälfte gelangen werde, ich hoffe, dass Ungarn es verstehen lernen werde, wie wenig die gegenwärtigen europäischen Verhältnisse dazu angethan sind, um das prätentiöse selbständige Hervortreten kleinerer Staaten zu rechtfertigen. Wenn die allgemeine Weltlage Zeit und Freiheit zur Entwicklung geben wird, will ich mich der Hoffnung nicht verschliessen, dass das immer mehr hervortretende tiefer gefühlte Bedürfniss einer innigeren Anschliessung uns auch wieder zusammenführen und dass es möglich werden wird, dass wir die heutige staatsrechtliche Auseinandersetzung in eine engere politische Union werden verwandeln können."

Das Warten auf die Erfüllung dieser Hoffnung wird selbst von ernsten ungarischen Politikern der Gegenwart als politischer Wahnwitz bezeichnet.[78]) Das ändert nichts an der Thatsache, dass diese Erwartung gleichbedeutend ist mit dem Vertrauen in die Zukunft der Monarchie und somit auch Ungarns, dass sie gleichbedeutend ist mit der Hoffnung, es werde das immer näher rückende Experiment der nackten Personalunion beider Staaten nicht mit der Atomisirung der Monarchie enden, sondern infolge der mit diesem Näherrücken verbundenen Schärfung der Erkenntniss seiner Gefahren gar nicht zur Ausführung gelangen, vielmehr durch den Versuch einer lebensfähigeren Verbindung auf Grundlage einer wirthschaftlichen Gemeinschaft, eines pragmatischen ewigen Zoll- und Handelsbündnisses und eines einheitlichen Reichshaushaltes abgelöst werden.[79]) Hat Palatin Erzherzog Josef sogar von der Monarchie als Einheitsstaat träumen dürfen, ohne sich des Anspruches auf Verewigung

[78]) Vgl. den Artikel: Die Citate des Freiherrn von Dipauli, vom Grafen Julius Andrassy im Morgenblatt der „Neuen Freien Presse" Nr. 12.078, S. 3.

[79]) Vgl. schon Juraschek, Real- und Personalunion, S. 123. Unannehmbar ist der desparate Vorschlag dieses Autors, a. a. O. S. 122, dass jede Festsetzung der Quote von selbst sich auf weitere zehn Jahre erstrecke, wenn es vor Ablauf des usuellen Decennates zu einer Vereinbarung der Parlamente nicht komme. Da hätte es das ungarische Parlament in seiner Macht, die gegenwärtige Festsetzung für ewige Zeiten zu fixiren, insoferne es die Annahme einer Oesterreich günstigeren Aenderung vor Ablauf jedes noch kommenden Decennates ablehnt.

Digitized by Google

seines Andenkens durch die Nation in Gesetzesform verlustig zu machen, so wird diese ungleich bescheidenere Erwartung auch vom ungarischen Standpunkt nicht als landespreisgeberisch gebrandmarkt werden dürfen.

VIII.

Soviel steht auf Grund der bisherigen Erörterungen fest: Von den beiden für die Staatenverbindung Oesterreich-Ungarn üblichen Bezeichnungen Dualismus und Realunion ist die erstere politisch bezeichnender, soferne ihre gegenwärtige Gestaltung auf das Reich mehr entzweiend als einigend gewirkt hat. Sonach muss jede Politik, welche diesen Trennungs- und Zerstückelungsprocess über seine gegenwärtige Grenze hinaus sichern will, abenteuerlich erscheinen. Dies gilt insbesondere von der Wiederherstellung des böhmischen Staates, in deren Gefolge doch unfehlbar ein Zusammenschluss der deutschen Kronländer zu einem bisher noch nicht dagewesenen deutschen Staat Oesterreichs sich vollziehen müsste, da an eine Verknüpfung der dann zurückbleibenden nichtungarischen, nichtböhmischen Länder zu einem unnennbaren Staate aus geographischen, wirthschaftlichen und nationalen Gründen nicht zu denken ist. Denn wird schon zu einer Zertrümmerung des Einheitsstaates geschritten, so kann doch nicht, wie das die böhmischen Fundamentalartikel thun, gerade den deutschen Kronländern zugemuthet werden, mit den passiven Provinzen zusammen ein Trümmerstück zu bilden. Wir kämen also zu einem Bundesstaate oder Staatenbunde von zwei slavischen Mittel- und vielleicht einigen slavischen Klein- und Zwergstaaten mit einem deutschen Gliedstaate an der Grenze des Deutschen Reichs.[80]) Das hiesse aber soviel als die Verfassung eigens herrichten für die Umwandlung von Deutsch-Oesterreich in ein österreichisches Deutschland, für die Reincultur eines neuen deutschen Reichslandes, für die Abschnürung der deutschen Kronländer vom Staate, von welcher unzweifelhaft das untheilbare Königreich Böhmen ungetheilt ergriffen würde. Vom radical deutschnationalen Standpunkte aus wäre deshalb die Idee des böhmischen Staates nur zu fördern. Denn hat schon die Vehemenz

[80]) Dass ein solcher Gliedstaat für einen slavisch-deutschen Bundesstaat ganz etwas anderes bedeuten würde als das deutsche Siebenbürgen für Ungarn, braucht wohl nicht erst bewiesen zu werden.

Digitized by Google

der čechisch-nationalen Bewegung der letzten Zeit selbst die in nationalen Dingen schwer beweglichen deutschen Alpenländer aus ihrer Ruhe erweckt, so müsste die Wirkung der Auslieferung der Deutschen in Böhmen an ein slavisches Königreich auf die Bevölkerung eines nunmehr national geschlossenen, an das deutsch-böhmische Gebiet anstossenden, mit einer nationalen verantwortlichen Regierung ausgestatteten Nachbarstaates eine noch viel tiefergehende sein. Darüber aber, dass der neue böhmische Staat auf den Wogen der slavischen Hochfluth dahinsegeln würde, kann man sich auf Grund der geschichtlichen Zeugnisse über die Richtung der hussitischen Bewegung, auf Grund der historischen Erfahrung über die Haltung gerade der politischen Führer der čechischen Nation gegenüber den Deutschen, auf Grund endlich der Erfahrungen der Tage von Prag keinem Zweifel hingeben. Keinerlei Fundamentalgesetz, kein Curiatvotum könnte eine Entwicklung aufhalten, welche den Deutschen in Böhmen im günstigsten Falle das politisch-prekäre, unter steter Polizeiaufsicht stehende Colonistendasein der Siebenbürger Sachsen gewähren würde.

Die slavisch-deutsche Conföderation wäre aber auch von den Deutschen in Böhmen abgesehen der Tod der nationalen, nicht auszulösenden Minoritäten, sie würde die vereinigten Staaten in nationale Satrapien verwandeln mit Regierungen, die nationalen Parlamenten verantwortlich sind und unfehlbar einem nationalen Chauvinismus verfallen müssten, der den Nothschrei nationaler Minoritäten an das Ohr des nationalen Königs oder Fürsten nicht gelangen lässt.[81])

Der Hinweis auf die Vergangenheit Oesterreichs ist historisch unstatthaft. Wäre es heute denkbar, Oesterreich wieder auf Grundlage einer ständisch-absolutistischen Verfassung aufzubauen mit der unbeschränkten Befugniss des Landesfürsten in Bezug auf die Organisation der Behörden für die Ausübung seiner Zuständigkeiten, mit der ausschliesslichen Verantwortlichkeit dieser Behörden gegenüber dem Landesfürsten, mit der Befugniss des Landesfürsten, sich einen Kronrath aus Landes-

[81]) Diese Rücksicht ist offenbar der Grund gewesen, dass das von Palacky dem Kremsierer Verfassungsausschuss vorgelegte Project der Zerlegung Oesterreichs in lauter geschlossene Nationalstaaten auf keiner Seite ernstliche Unterstützung fand und auch von seinem Urheber ohne Kampf preisgegeben wurde.

Digitized by Google

fremden zu bilden, mit der Beschränkung der Stände auf das Steuerbewilligungsrecht, und wären die Cechen mit einer derartigen Restauration ihres Staatsrechtes zufrieden, man müsste sich beeilen, Oesterreich in eine Personalunion jener Staaten zu verwandeln, aus denen es hervorgegangen ist. Denn die Epoche dieser Personalunion und der historischen Staatsrechte war die Epoche der consequenten Centralisation unter Beobachtung der äusseren sonderstaatlichen Formen. Allein hat schon Maria Theresia die Aufrechthaltung des Bettelganges zu den Landtagen im Interesse der Bestreitung der Reichsbedürfnisse gegenüber der längst erfolgten Vereinheitlichung des preussischen Steuerwesens für einen politischen Nonsens erachtet, so könnte das Urtheil über die Etablirung eines Föderativstaates mit periodisch über ihre Beitragsquoten schachernden Gliedstaaten mitten unter national geeinten Nachbarstaaten kein günstigeres sein. Die Föderalisirung des Reiches tendirt aber, wie die Geschichte, wie der ungarische Ausgleich und die böhmischen Fundamentalartikel [82]) beweisen, auf die Herstellung einer solchen Quotenmonarchie von Mittel- und Kleinstaaten, welche unablässig über die Existenzbedingungen ihrer Verbindung feilschen.

Die Föderalisirung bedeutet ferner eine atavistische Rückbildung zur verfassungsmässigen Organisation der wirthschaftlichen Gegensätze, welche zwischen den historischen Staaten der Monarchie bestanden und zu einem wechselseitigen Aufrechnen der finanziellen Bedeutung derselben für die politische Macht des Ganzen führten, Gegensätze, die zwar eine

---

[82]) Die Fundamentalartikel, das ist der vom böhmischen Landtag des Jahres 1871 der Krone unterbreitete Vorschlag betreffend die Wiederherstellung der Verfassung und der Staatlichkeit der Länder der böhmischen Krone, enthalten in Art. XIV eine Nachbildung der Form der Quotenbestimmung in dem G. A. XII, 1867: Das Königreich Böhmen trägt zu dem Erfordernisse des Aufwandes für die Angelegenheiten, die es mit den nichtungarischen Ländern gemeinsam hat, einschliesslich des auf dieselben entfallenden Erfordernisses für die österr.-ungar. Angelegenheiten, mit einer Quote bei, welche durch Vereinbarung im Wege landtäglicher Deputation zu ermitteln sein wird (Ein für alle Mal oder periodisch?). Oest. Staatswörterb., I. B., S. 178 f. Vgl. aber zu diesem Punkte ganz besonders die Geschichte der österr. Gesammtstaatsidee von Bidermann als die durch den Separatismus und den Egoismus der Theile hervorgerufene Leidensgeschichte der österr. Herrscher.

Digitized by Google

wesentlich absolutistische Regierung abzuschwächen vermochte, die aber dem monarchischen Herrscher über constitutionelle Nationalstaaten unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten würden. Der Föderativstaat bedeutet eine von verfassungswegen geförderte und organisirte Vervielfachung jenes reichsgefährlichen wirthschaftlichen Separatismus, der gegenwärtig zwischen den beiden Staaten des Reiches besteht. Bildet doch in neuester Zeit der Hinweis auf die glänzenden wirthschaftlichen Folgen dieser Absonderung das Lockmittel, mittels dessen die Idee des böhmischen Staates den Deutschen Böhmens genehm gemacht werden soll. Nun aber lassen sich im politischen Leben nicht immer zwei Fliegen mit einem Schlage treffen und immer ist jede Wirkung unter Bedachtnahme auf Rück- und Gegenwirkung in's Auge zu fassen Die Bedingung auch des wirthschaftlichen Gedeihens der Theile bildet die politische Macht des Ganzen. Diese liegt aber, wie das Kaiserrescript für Ungarn richtig hervorhebt, in der *amplitudo* und der *populatio Monarchiae.* Die Ziele einer richtigen, auch die materiell stärkeren Theile sichernden wirthschaftlichen Politik müssen auf die materielle Hebung dieser ganzen *populatio* und dürfen nicht auf die hypertrophische Ausbildung einzelner Theile derselben unter völliger wirthschaftlicher Preisgebung der schwächeren gerichtet sein. Eine Grossmacht, die zum grossen Theil aus ausgemergelten, halbverhungerten Völkern besteht, ein Staat, der den Grundsatz des *laisser faire laisser aller* auf seine Stellung zu verschiedenen in ihm vereinigten Völkern anwendet, trägt den Keim der Zerfalles in sich. Aus diesen Gründen muss die richtige Abrechnung zwischen den Völkern Oesterreichs auf die Blut- und nicht auf die Geldsteuer gestellt werden. Es gibt keinen einzigen Einheitsstaat, der nicht schroffe Gegensätze in Betreff der wirthschaftlichen Kraft seiner Theile in sich bergen würde. Daraus ist aber noch nirgends die selbstmörderische Forderung abgeleitet worden, dass sich ein Einheitsstaat in einen die starken von den schwachen Theilen trennenden, die schwachen Theile sich selbst überlassenden Föderativstaat umzuwandeln habe, anstatt dass sich die Stärke der Starken allmälig auch den Schwachen mitzutheilen hätte. Deshalb kann die Aussicht, dass die Herstellung des böhmischen Staates eine wirthschaftliche Glanz-

Digitized by Google

epoche für alle Bewohner desselben herbeiführen und trotz der hiedurch geförderten Entkräftung der wirthschaftlich schwachen Theile der Monarchie die politische Macht derselben stärken werde, keinen Augenblick ernst genommen werden.

Wie stünde es mit der Macht des Monarchen eines die čechischen Pläne verwirklichenden Föderativstaates? Man male sich doch die Rolle eines Herrschers aus, auf den die Aspirationen von sechs oder sieben Nationalstaaten anstürmen, der sich zugleich als Haupt eines ungarischen, böhmischen, polnischen, slovenischen, croatischen, deutschen Staates fühlen, in dessen Busen also soviel nationale Herzen schlagen sollen, als er Nationalstaaten beherrscht. Nimmt er sein Nationalfürstenthum ernst, dann wird er moralisch zermalmt, nimmt er es nicht ernst, dann lässt er die nationalen verantwortlichen Regierungen nach Gutdünken wirthschaften und begnügt sich mit einer formalen Scheinherrschaft über nationale Satrapien. Die Schwächung der monarchischen Idee bedeutet aber gerade für Oesterreich die Schwächung des Staates selbst.

So drängt denn die nüchterne politische Erwägung zu der Erkenntniss, dass die Lösung der Sprachen- und der Nationalitätenfrage in Oesterreich nicht im Namen des nationalen König- und Fürstenthums, sondern nur im Namen der Kaiseridee erfolgen könne. Seltsamerweise steht die Verfassung des Jahres 1867, welche die Entwicklung Oesterreichs als Einheitsstaat zum formalen Abschluss gebracht hat, der föderativen Lösung dieser Frage ungleich näher als der centralistischen. Sie geht nämlich von den Ländern *als den historisch-politischen Individualitäten* und von den *Kronlandssprachen* aus. Sie betrachtet als Gebietseinheit, innerhalb deren der Anspruch des Staatsbürgers auf Zulassung seiner Sprache zur Verwendung vor den Behörden und auf Verhandlung und Erledigung seiner Anträge in dieser Sprache verwirklicht werden soll, nicht den Staat, *sondern* das Kronland und anerkennt als zuzulassende Sprachen innerhalb jedes Kronlandes nur diejenigen, welche demselben *historisch* eigenthümlich sind.[83]) Vom Standpunkte dieses auf die ehemalige Sonderstaatlichkeit der Theile zurückführenden Princips erscheint der in der letzten Session des

[83]) Vgl. hiezu meine Artikel in den Nrn. 144, 148—150 der „Zeit", Jahrgang 1897.

Digitized by Google

niederösterreichischen Landtags gestellte Antrag auf gesetzliche Sicherstellung der ausschliesslichen Geltung der deutschen Sprache als Unterrichtssprache im Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns nur als Vollzug der staatsgrundgesetzlichen Regelung der ganzen Frage im Einzelfalle. Die Entwicklung des modernen durch die gegenwärtige Wirthschaftsform und die Festsetzung der Freizügigkeit herausgebildeten Verkehrslebens und die hiedurch hervorgerufene ethnische Bewegung innerhalb des Staates weist aber immer deutlicher von der historisch-föderativen Lösung der Frage weg auf die regional-centralistische, welche von den Grenzen der Kronländer absehend innerhalb des einheitlichen Staatsgebietes das nationale Gepräge eines bestimmten Gebietstheiles, er heisse Canton, Kreis oder Bezirk, entscheiden lässt und auf eine möglichst einheitliche nationale Gestaltung dieser Sprachbezirke bedacht ist. Es ist dies jene Lösung der Sprachenfrage, welche die Vorschrift des §. 13 der allgemeinen Gerichtsordnung andeutet und welcher die vom Kremsierer Reichstag beschlossene Kreisverfassung in den §§. 3 und 126 am nächsten kommt. Sie ermöglicht es, den nationalen Verschiebungen Rechnung zu tragen, während die föderative Lösung in ihrer Starrheit, was von der čechischen Publicistik zum Nachtheile richtiger Einsicht und zum Nachtheile der čechischen Nation selbst übersehen wird, einen Entnationalisirungszwang für noch so grosse nationale Minoritäten eines Kronlands bedeutet, deren Sprache keine diesem Kronlande historisch eigenthümliche ist. Sie lehnt sich an die nationale Gestaltung der Grundlagen des Staates, an die niedersten Communalverbände an und empfiehlt sich durch die Erwägung, dass sie in einem lichten Momente nationalen Gerechtigkeitsgefühls den politischen Führern der einzelnen Nationen, wie sie in dem Kremsierer Verfassungsausschuss beisammen sassen, als die billigste erschien.

Nebstdem fordert die centralistische Lösung der Sprachenfrage aber auch die unablässige Förderung der Entstehung eines utraquistisch gebildeten Beamtenthums, wobei die eine zu kennende Sprache die deutsche und die andere eine zweite österreichische Sprache zu bilden hätte. Was für Gründe man immer gegen diese politische Forderung anführen mag, sie erweisen sich zu schwach gegenüber der ebenso primitiven

Digitized by Google

wie zwingenden Erwägung, dass ein polyglotter Staat über eine in sprachlicher Beziehung möglichst verwendbare und zugleich über eine solche Beamtenschaft muss verfügen können[84]), welche jener Sprache kundig ist, in der die Zusammenfassung seiner Nationen zu einer staatlichen Einheit gipfelt. Die Leugnung der deutschen Staatssprache ist ein ohnmächtiges Sträuben gegen den unwiderstehlichen Zwang der Thatsache, dass eine centrale Leitung des Staatswesens eine centrale Controle der ganzen Staatsverwaltung sich wirksam in 9—11 Sprachen nicht vollziehen lässt, und dass die Einführung des Uebersetzungswesens in den Verkehr zwischen Centralstellen und untergebenen Behörden gleichbedeutend ist mit einer die Zwecke der Verwaltung gefährdenden Verlangsamung und mit einer staatsgefährlichen Hemmung und Schwächung der centralen Controlgewalt. Vermochte man im behäbigen Gange der Verwaltung vor zweihundert Jahren den Forderungen des öffentlichen Interesses mit einer durch Dollmetsche vermittelten Dienstgewalt nicht nachzukommen und vollzog sich der ganze dienstliche Verkehr von unten bis hinauf in deutscher Sprache, so wird dies umsomehr gelten müssen für die Herstellung des Ganges einer Verwaltung, welche dem Zeitalter der Eisenbahnen und des Telegraphen angepasst sein soll. Auch über die Prädistination der deutschen Sprache zur Staatssprache kann ein politisch ernst zu nehmender Streit nicht entstehen. Diese ihre Bestimmung würde fortdauern, wenn heute sämmtliche deutschen Kronländer aus dem Staatsverbande ausscheiden und Ungarn zusammen mit einem slavischen Föderativstaate das Reich fortbilden würde, nicht blos wegen des politischen Beharrungsvermögens, sondern wegen der unlösbaren culturellen Bande, durch welche das Westslaventhum, in erster Linie aber das čechische Böhmen mit Deutschland verknüpft ist, ferner wegen

[84]) Auch in Ungarn wird sich diese Erkenntniss eines Tages unwiderstehlich Bahn brechen, Ἔσσεται ἦμαρ. Wie der altösterr. Centralismus über die Sache dachte, darüber vgl. §. 12 der Instruction für die Hofagenten vom 1. November 1798, welcher ihnen die Kenntniss der deutschen, böhmischen oder galizischen und der Landessprache ihres Domicils auferlegt bei Maassburg, S. 431; dann das Hofdecret vom 7. Juli 1827, Bd. LV, Nr. 16, in welchem die Landeschefs und Landesstellen dafür verantwortlich gemacht werden, dass kein Individuum eine Kreiscommissärsstelle erlange, welches nebst den anderen hiezu erforderlichen Eigenschaften nicht die Kenntniss der Landessprache vollkommen besitze.

Digitized by Google

der zwischen den slavischen Nationen obwaltenden politischen Rivalität, die nach einem solchen Ausscheiden in hellen Flammen emporschlagen würde; und weil endlich, so paradox dies klingen mag, sich die deutsche Sprache, wie die einzelnen Slavencongresse beweisen, zur internationalen Verkehrssprache der Slavenwelt herausgebildet hat.

Aus diesen Gründen ist es unpolitisch, diese natürliche Bestimmung der deutschen Sprache, welche nicht durch menschliche Willkür hervorgebracht wurde, als eine sich gegen die nichtdeutschen Völker kehrende Schmach und Unbill zu betrachten, welche durch gesetzliche Statuirung der Gleichwerthigkeit aller österreichischen Sprachen gesühnt werden müsste. Das wäre eine unmögliche Flucht vor den Thatsachen, eine Fesselung des Meeres durch Ketten. Gesetzlich lässt sich die Gleichwerthigkeit einer Weltsprache mit solchen, die es nicht sind, so wenig herstellen als die von Gold und Silber.

Soweit der Bereich der Verwaltung in Betracht kommt, besitzt die Regierung schon nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung die Befugniss, für Verwaltungsbeamte innerhalb der national umstrittenen Gebiete die Forderung utraquistischer Bildung aufzustellen. Denn Art. 19 des St. G. G. über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger schliesst den organisatorischen Grundsatz in sich, dass alle öffentlichen Aemter so eingerichtet sein müssen, dass dem Anspruche jedes Staatsbürgers innerhalb eines mehrsprachigen Kronlandes auf Verkehr mit den Aemtern in seiner Sprache Genüge geleistet werden könne. Für den Bereich der Verwaltung sind aber nur die organisatorischen Grundsätze der gesetzgeberischen Regelung zugewiesen, während die Durchführung Regierungssache ist. Aber hievon abgesehen, vermag die Regierung die Kenntniss der österreichischen Sprachen durch ein ausgebildetes Stipendienwesen, welches mit dem Modus der Erlangung utraquistischer Sprachenbildung behaftet ist, sowie durch ausgiebige Pflege des Unterrichtes in nichtdeutschen österreichischen Sprachen für den Zweck der Deckung des Bedarfs an utraquistischen Beamten zu fördern. Zur Errichtung von Senaten bei den obersten Gerichtshöfen behufs Entscheidung nichtdeutsch verhandelter Rechtssachen in einer der nichtdeutschen österr. Sprachen bedarf es eines einfachen Gesetzes, keiner Verfassungs-

Digitized by Google

änderung. Dieser sprachliche Föderalismus im Schosse der höchsten Gerichtsstellen, verbunden mit einer Controle behufs Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtssprechung, hat selbst der Centralismus des vorigen Jahrhunderts, der doch als verlässlich gelten kann, mit seiner politischen Richtung vereinbar gehalten. Er bedeutet auch in Wahrheit eine billige Lösung der Sprachenfrage in centralistischem Sinne, welche den Sitz der höchsten Gerichtsstellen zu einem Gravitationspunkt für alle Nationalitäten des Reiches erhebt und den geistigen Contact zwischen denselben fördert. Alle diese organisatorischen Massregeln müssten dazu beitragen, das territoriale Gebiet, auf dem sich die Angehörigen der österreichischen Nationen zu Hause und voll und ganz als Staatsbürger fühlen, zu erweitern und ihren nationalen Bedürfnissen über das Mass des nationalen Existenzminimums hinaus entgegenzukommen. In der Erreichung dieses Zieles müssten wir aber die Verwirklichung der Kaiseridee und damit die Verwirklichung einer Lebensbedingung des Staates erblicken. Denn mochte es auch dem Centralismus der ständisch-absolutistischen Epoche gelingen, den Adel und die höheren Schichten des Bürgerthums der nichtdeutschen Nationen für die Germanisation zu gewinnen, der nationalen Reservearmee des Kleinbürger- und des Bauernthums, sowie des Arbeiterstandes vermochte er nichts anzuhaben, da er ihr keinen Preis der Entnationalisirung und auch die hiezu erforderlichen Bildungsmittel nicht bieten, und da er mit den Mitteln des deutschen Ordens in Preussen nicht arbeiten konnte. Aus dieser nationalen Reservearmee sind aber die einzelnen todtgeglaubten Nationen mit dem Beginne des constitutionellen Lebens mit erstaunlicher Schnelligkeit als politische Factoren wieder erstanden, und mit ihrer Unvertilgbarkeit und mit der Nothwendigkeit ihrer Anerkennung als eines staatlichen Fundamentes muss heute jeder ernsthafte Politiker rechnen.

Von der Nationalitätenfrage sowohl als auch von der Frage nach der politischen Räthlichkeit der Umbildung des Staates in einen Bundesstaat oder einen Staatenbund ist streng zu scheiden die Frage nach der Revisionsbedürftigkeit der Vertheilung der gesetzgeberischen Zuständigkeit zwischen dem Reichsrathe und den Landtagen. Sie ist lediglich eine Frage nach der zweckmässigen Begrenzung der Centralisation und Decentralisation

Digitized by Google

der Gesetzgebung und nur vom Standpunkte einer nüchternen Zweckmässigkeitsfrage zu prüfen. Eine Ueberprüfung des Katalogs der reichsräthlichen Zuständigkeiten erscheint nun, wenn man selbst die Vertheilung der Zuständigkeiten zwischen dem Ganzen und den Gliedern in ausgesprochenen Föderativstaaten in Betracht zieht, einer Verengerung dieser Zuständigkeiten nicht günstig. Auch muss die Thatsache Bedenken erregen, in wie unbedeutenden Umfange sich die Decentralisation der Gesetzgebung praktisch auf Gebieten bethätigt hat, die auf den ersten Blick für eine solche geradezu geschaffen erscheinen, wie etwa auf dem der Wasserrechtsgesetzgebung, die uns einen Zusammenhang der Rechtsnormen der Landesgesetze mit der territorialen Verschiedenheit der Kronländer kaum erkennen lässt. Es hängt dies offenbar damit zusammen, dass diese Kronländer selbst keine einheitliche Bodenbeschaffenheit aufweisen und dass z. B. die Industriebezirke verschiedener Kronländer in Bezug auf ihre territoriale Beschaffenheit einander näher stehen als Theile eines und desselben Kronlandes. Eine Verländerung der Volksschulgesetzgebung über den gegenwärtigen Stand hinaus, wie sie der autonomistischen Partei vorschwebt, würde wegen ihrer unvermeidlichen Einwirkung auf das Mittelschulwesen die Einheitlichkeit des höheren Unterrichtswesens in Frage stellen. Das gäbe dann nachtheilige Folgen für das Hochschulwesen und alle darauf fundirten staatlichen Einrichtungen. Man dürfte überhaupt unter den legislativen Competenzen des Reichsrathes nur wenige finden, die in irgend einem grösseren Staate trotz der culturellen und territorialen Verschiedenheiten, die er in sich schliesst, einer decentralisirten Gesetzgebung zugewiesen wären. Der Einwand, dass der Reichsrath seine besten Kräfte in nationalen Zwistigkeiten vergeude, trifft ganz besonders den Landtag jenes Kronlandes, von dem aus der Feuerbrand des nationalen Zwistes sich über den ganzen Staat verbreitet hat. Dieser Einwand führt also nicht zur Decentralisation, sondern geradewegs zum Absolutismus. Trotz alledem erscheint es nicht ausgeschlossen, dass gründliche praktische Erfahrungen auf dem Gebiete der staatlichen und der Selbstverwaltung eine Reihe von unleugbaren Missständen erkennen lassen, denen durch eine Erweiterung der gesetzgeberischen Zuständigkeit der Landtage abzuhelfen wäre. Entschieden abzulehnen ist aber die Erstreckung

Digitized by Google

der landtäglichen Competenz auf die Organisation staatlicher Behörden. Man denkt dabei an die länderweise Herstellung einer ähnlichen Verwaltungsorganisation, wie sie in Preussen in den Kreis- und in den Provinzialbehörden besteht. Das hiesse in Oesterreich aber den Staat den Ländern preisgeben und den Föderativstaat vorbereiten. Die scharfe Scheidung zwischen Staats- und Selbstverwaltung, wie sie in Oesterreich besteht, bedeutet, so vernunftwidrig sie vom Standpunkte der Zwecke der Verwaltung erscheinen mag, für Oesterreich leider noch immer ein politisches Gebot.

Und nun eröffnet sich am Schlusse dieser aus der Bedeutung der Kaiseridee hervorgewachsenen Betrachtungen die grosse Frage, wie sich dieses billige Mass politischer Reformen erfüllen lasse? Da drängt sich die eine Erwägung fast zwingend auf. Die Existenzbedingungen des Staates werden gegenwärtig durch ein national intransigentes, von einem sinnlosen Taumel befallenes Bürgerthum aller Nationen in einer Weise gefährdet, wie sie seit der Schlacht am weissen Berge von dem Feudaladel nie gefährdet worden sind. Wir befinden uns in einer Epoche staatsgefährlicher gegen jede Regierung gerichteter Drohungen der verschiedenen nationalen Parteien, welche auf die gleichzeitige Erzwingung entgegengesetzer Leistungen gerichtet sind. Da erübrigt nichts anderes, als, was in Oesterreich schon einmal mit Erfolg unternommen worden ist, als eine höhere sociale Schichte sich für die Fundirung des Staates unverwendbar erwies, nämlich das Fundament etwas tiefer zu legen. Der historisch Kundige weiss, dass es sich um die politische, durch Zertrümmerung der Ständeverfassungen bewirkte Depossedirung des Feudaladels im vorigen Jahrhunderte handelte, als sich seine Stellung mit den wirthschaftlichen und finanziellen Bedingungen des Staates nicht mehr vereinigen liess. Der Gedanke, an Stelle eines schmäleren und höher gelegenen ein breiteres und tieferes Fundament im Interesse des Gesammtstaates zu suchen, ist in der österreichischen Politik wiederholt aufgetaucht und gerade in dieser Verbindung nicht originell. Im Jahre 1611 räth der Geheimrath Karl Fürst von Liechtenstein Kaiser Rudolf II., den gemeinen Mann durch agrarische Reformen zu gewinnen und mittels desselben den Adel im Schach zu halten.[85])

[85]) Bidermann, I, S. 97, Nr. 57.

Digitized by Google

Eine anonyme, dem Hofkammerpräsidenten Grafen Starhemberg zugeschriebene, um das Jahr 1720 entstandene Staatsschrift schlägt Karl VI. vor, auf eine Generalconvocation aller Stände des Reichs den gemeinen Mann durch einen *Procuratorem generalis* vertreten zu lassen, dem bezeichnend genug auch die Rolle eines Vertreters der Gesammtstaatsidee zugedacht wird. [86])

Auch Graf Taaffe ist durch den Gang der Ereignisse zu der Erkenntniss gedrängt worden, dass der Staat auf eine Bevölkerungsclasse, deren augenblicklicher Einfluss im umgekehrten Verhältniss zu dem Grade ihres politischen Sinnes, zu der Stärke ihrer Empfänglichkeit für die Interessen des Staates steht, nicht gestützt werden könne. Er hat dieser Erkenntniss durch seinen Gesetzentwurf für eine Wahlreform Ausdruck verliehen. Er dachte gewiss nicht an eine Verstärkung der Socialdemokratie, sondern an den Schutz des Staates gegen politischen Doctrinarismus und politische Romantik, welche in frevelhafter Thorheit an seinen Grundfesten rütteln. Diesen Schutz glaubte er zu finden durch Einbeziehung aller jener Schichten der Bevölkerung zur staatserhaltenden Arbeit, welche sich keinen politischen Luxus gestatten können. Die unpolitische Haltung des Bürgerthums aller Nationen macht in der That die Erkenntniss immer zwingender, dass nur auf breitester Basis die Lösung der Nationalitätenfrage vor sich gehen könne, ohne dass der Patient über die gelungene Operation zugrunde geht, also ohne Pulverisirung des Staates, im Namen der Kaiseridee, für welche der Spruch: Gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist, soviel bedeutet als: Gebet dem Staate, was des Staates ist.[87]) So rücken wir dem geschichtlichen Wendepunkte immer näher, in welchem sich das 1804 gegründete österreichische Völkerkaiserthum in ein Volkskaiserthum verwandeln muss auf Grund der Fertigstellung des bisher noch halb dastehenden und von den bisherigen politischen Parteien der Verwahrlosung überlassenen Rechtsstaates.

---

[86]) A. a. O. II, S. 39, S. 192, Nr. 49.

[87]) Vgl. hiezu die Flugschrift: Desorganisation, ein Leitartikel von Verus, Wien 1897, bei Ignaz Brand, welche zu dem hier angedeuteten politischen Ziele von socialpolitischem Standpunkte aus gelangt, insbesondere S. 14 ff.

Digitized by Google

Anhang.[88])

Patent vom 1. August 1804.

Wir Franz der Zweyte etc.

Obschon Wir durch göttliche Fügung und durch die Wahl der Churfürsten des Römisch-Deutschen Reiches zu einer Würde gediehen sind, welche Uns für Unsere Person keinen Zuwachs an Titel und Ansehen zu wünschen übrig lässt; so muss doch Unsere Sorgfalt als Regent der Hauses und der Monarchie von Oesterreich dahin gerichtet sein, dass jene vollkommene Gleichheit des Titels und der erblichen Würde mit den vorzüglichsten Europäischen Regenten und Mächten aufrecht erhalten und behauptet werde, welche den Souveränen Oesterreichs sowohl in Hinsicht des uralten Glanzes Ihres Erzhauses, als vermöge der Grösse und Bevölkerung Ihrer, so beträchtliche Königreiche und unabhängige Fürstenthümer in sich fassenden Staaten gebühret, und durch völkerrechtliche Ausübung und Traktaten versichert ist.

Wir sehen Uns demnach zur dauerhaften Befestigung dieser vollkommenen Rangs-Gleichheit veranlasst und berechtiget, nach den Beispielen, welche in dem vorigen Jahrhunderte der Rus-

Benignum rescriptum regium.

Franciscus etc.

Quanquam Nos favente divina clementia, et per electionem Romano-germanici imperii electorum ad tantam pertigerimus dignitatis eminentiam: ut Nobis pro augusta persona Nostra, nulla amplius titulorum, splendorisque accessio desideranda supersit, Nostra attamen, qua Domus et Monarchiae Austriacae regnantis principis cura et sollicitudo eo dirigi debuit: ut perfecta illa tituli, haereditariaeque dignitatis cum maxime conspicuis Europae regnantibus manuteneatur, constabiliaturque aequalitas, quae Austriae principibus, tum ob augustae domus suae splendorem ab antiquissimis repetendum temporibus, cum vero ob amplitudinem, populationemque monarchiae hujus e compluribus illustribus regnis ac independentibus principatibus consistentis competit, perque longaevum in jure gentium radicatum exercitium, publicosque tractatus asserta habetur.

Pro firmiter constabiliendo itaque perfecto isthoc aequali dignitatis ordine, exemplis, quae priori abhinc saeculo aula imperialis Russica, recentius vero novus Galliae regnans de-

[88]) Die gesperrt gedruckten Stellen sind nicht im Text, sondern nur von mir als für die Erkenntniss der staats- und völkerrechtlichen Tendenz der Proclamation des Kaisertitels bedeutungsvoll hervorgehoben worden. Die Abschrift des lateinischen Rescripts hat mir das Archiv des ungarischen Ministeriums in beglaubigter Form ausgefertigt, wofür ich an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank erstatte. Dieselbe stimmt, von der Orthographie abgesehen, mit einer mir von anderer Seite zur Verfügung gestellten Abschrift des Abdruckes des Rescriptes in der *Egyetemes magyar encyclopaedia*, II. Bd., S. 436, überein. Die letztere Orthographie scheint mir die authentische, jene der beglaubigten Abschrift die modernisirte zu sein. So wenigstens nach den Citaten bei Deák a. a O. S. 205 und 207 A.

Digitized by Google

sisch-Kaiserliche Hof, und nunmehr auch der neue Beherrscher Frankreichs gegeben hat, dem Hause von Oesterreich, in Rücksicht auf dessen unabhängige Staaten, den erblichen Kaiser-Titel gleichfalls beizulegen.

In Gemässheit dessen, haben Wir nach gepflogener reiflicher Ueberlegung beschlossen, für Uns und Unsere Nachfolger in dem unzertrennlichen Besitze Unserer unabhängigen Königreiche und Staaten, den Titel und die Würde eines erblichen Kaisers von Oesterreich (als den Nahmen unseres Erzhauses) dergestalt feierlichst anzunehmen und fest zu setzen, dass Unsere sämmtlichen Königreiche, Fürstenthümer und Provinzen ihre bisherigen Titel, Verfassungen, Vorrechte und Verhältnisse fernerhin unverändert beibehalten sollen. Zufolge dieser Unserer allerhöchsten Entschliessung und Erklärung verordnen Wir:

1. Dass unmittelbar nach Unserem Titel eines erwählten Römisch-Deutschen Kaisers, jener eines erblichen Kaisers von Oesterreich eingeschaltet werde, sonach aber Unsere weiteren Titel, als: König von Germanien, Ungarn, Böhmen etc., dann die eines Erzherzogs von Oesterreich etc., Herzogs von Steyermark etc., und jene der übrigen Erblande folgen sollen. Nachdem jedoch seit Un-

dere, permoti Nos quoque jure nobis competente Augustae Austriacae Domui Nostrae relate ad independentes ejusdem ditiones, haereditarii Imperatoris titulum peraeque assumendum esse duximus.

Cujus in consequentiam praemissa matura deliberatione Majestati notrae visum est: pro Nobis Nostrisque in inseparabili regnorum, et independentium ditionum Nostrarum regimine successoribus titulum, et dignitatem haereditarii Imperatoris Austriae, utpote Augustae Domus Nostrae cognomine, quam solennissime hisce ea tamen ratione assumere, et stabilire, ut universa regna, principatus et provinciae Nostrae titulis, constitutionibus, praerogativis, nexu ac juribus suis, quibus hactenus gaudebant in posterum quoque citra mutationem illibate fruantur. Huic proinde altissimae decisioni, benignaeque declarationi Nostrae firmiter insistentes sequentia hisce clementer praecipimus ac mandamus.[89])

1° Ut immediate post Nostrum qua electi Romano-Germanici Imperatoris titulum, haereditarii Austriae Imperatoris titulus inseratur, hunc vero reliqui Nostri, qua Germaniae, Hungariae, Bohemiae etc. Regis, Archiducis Austriae, Ducis Styriae etc. et aliarum haereditariarum ditionum Nostrarum tituli sua serie excipiant. Cum interim inde a suscepto per nos ditionum Nostrarum

[89]) Entweder vollzieht mit diesem Befehl der König von Ungarn eine kaiserliche Entschliessung, oder es ist ein unmittelbarer kaiserlicher Befehl. Verfehlt war deshalb die von der Majorität des Reichstages nur zur Abwehr des Minoritätsantrages auf Sicherung der ungarischen Verfassung vor Austriacisirung geäusserte, dem Kaiser aber nicht zur Kenntniss gebrachte Ansicht, dass der Kaiser von Oesterreich in Ungarn nichts zu befehlen habe. Die Wirksamkeit des Befehles äusserte sich sofort durch Einschaltung des Kaisertitels in die Sanctionsformel für die ungarischen Gesetze.

Digitized by Google

serem Regierungs-Antritte mehrere Veränderungen in den Besitzungen unseres Erzhauses vorgefallen und durch feierliche Tractaten bestätiget worden sind; so lassen Wir zu gleicher Zeit die beiliegende, nach dem gegenwärtigen Zustande neu regulirte Titulatur hiermit kund machen, und geht unsere Willensmeinung dahin, dass dieselbe künftighin statt der bisher üblichen eingeführet und gebraucht werde.

2. Soll allen, sowohl Unseren Descendenten beiderlei Geschlechtes, als jenen unserer Nachfolger in der Regentschaft des Erzhauses, der Titel von Kaiserlich-königlichen Prinzen und Prinzessinnen, nebst jenem von Erzherzogen und Erzherzoginnen von Oesterreich, dann von kaiserlich-königlichen Hoheiten beigelegt und ertheilt werden.

3. Gleichwie aber alle Unsere Königreiche und andere Staaten vorbesagter Massen in ihren bisherigen Benennungen und Zustande ungeschmälert zu verbleiben haben; so ist solches insonderheit von Unserem Königreiche Ungarn und den damit vereinigten Landen, dann von denjenigen Unserer Erb-Staaten zu verstehen, welche bisher mit dem Römisch-Deutschen Reiche in unmittelbarem Verbande gestanden sind, und auch in Zukunft die nähmlichen Verhältnisse mit demselben, in Gemässheit der von Unseren Vorfahren im Römisch-Deutschen Kaiserthume Unserem Erzhause ertheilten Privilegien, beibehalten sollen.

4. Wir halten Unseren weiteren Entschliessungen die Bestimmung derjenigen Feierlichkeiten bevor, welche Wir für Uns und Unsere Nachfolger, in Ansehung der Krönung als erblicher Kaiser fest zu setzen, für gut finden werden; jedoch soll es bei denjenigen Krönungen, welche Wir und Unsere Vorfahren, als Könige von Ungarn und

gubernaculo, in posessoriis Augustae Domus Nostrae, variae mutationes enatae, solennibusque tractatibus constabilitae sint, hinc advolutam juxta modernum statum neo-regulatum titularem formam hisce promulgandam benigne disponimus, una elementer praecipientes: ut nova isthaec tituli ratio in posterum loco praevigentis introducatur et adhibeatur.

2° Tam Nostris, quam Nostrorum in Augustae Domus Austriacae regimine successorum sexus utriusque descendentibus Caesareo-Regiorum principum titulus penes titulum Austriae archiducum, nec non celsitudinem Caesareo-Regiorum tribui et dari debeat.

3° Cum autem singulis haereditariis regnis Nostris, provinciisque, ut praemissum est, tituli sui, constitutiones hactenus vigentes inalteratae manere debeant, ita id imprimis relate ad percharum Nostrae Hungariae regnum, partesque eidem adnexas, nec non relate ad illas haereditarias ditiones Nostras, quae cum Imperio Romano-Germanico in immediato nexu subsistant intelligendum esse, siquidem istae dehinc etiam in eodem cum fato Imperio Romano-Germanico intra concessa per Nostras in dicto Imperio Romano-Germanico praedecessores Augustae Domui Nostrae privilegia praehabito nexu ultro quoque perstiturae sint.

4° Ulteriori altissimae resolutioni Nostrae determinationem illarum hisce clementer reservamus solennitatum, quas Majestati Nostrae pro Nobis, Nostrisque successoribus in ordine ad qualiter sucipiendam haereditarii Imperatoris coronationem defigere visum fuerit. Coronationibus illis, quae apud Nos, antecessoresque Nostros, ut Hun-

Digitized by Google

von Böhmen empfangen haben, ohne Abänderungen auch in Zukunft verbleiben.

5. Diese Unsere gegenwärtige Erklärung und Verordnung soll in allen Unseren Erb-Königreichen und Staaten, in den gehörigen Wegen unverzüglich kund gemacht, und in Ausübung gesetzt werden. Gleichdem Wir nicht zweifeln, dass sämmtliche Stände und Unterthanen derselben diese gegenwärtige, auf die Befestigung des Ansehens des vereinigten Oesterreichischen Staaten-Körpers zielende Vorkehrung mit Dank und patriotischer Theilnehmung erkennen werden.

gariae, et Bohemiae reges obtinerunt futuris etiam temporibus absque mutatione, formaque praescripta locum sortituris (?).[90])

Hanc itaque benignam resolutionem, declarationemque Nostram Dilectioni, et Fidelitatibus Vestris eo cum mandato clementissime hisce significandum esse duximus: ut illam tum in gremio sui (?),[91]) *cum vero in palatinali Jazygum, Cumanorumque districtu, ac oppidis Hajdonicalibus promulgandam publicandam, ac observandum illico procurent (?),*[92]) *universis caeteris perchari hujusce regni Nostri, partiumque eidem adnexarum publicis jurisdictionibus speciali benigno rescripto regio mediante eatenus clementer per Nos edoctis, nulli caeteroquin dubitantes, quod universum percharum regnum Nostrum Hungariae praesentem in constabiliendum uniti haereditariarum ditionum Nostrarum corporis splendorem directam dispositionem Nostram cum gratitudine patrioticoque solatio tanto plus sit excepturum, quod sicut semper, ita nunc quoque apertissimum documentum dederimus: Nos memores diplomaticae Nostrae inaugurali assecurationis in hoc etiam eo clementer respexisse, quod ad augendum majorem totius monarchiae splendorem dignitatemque suscipiendum decrevimus, salvis semper juribus, legibus et constitutione perchari regni Nostrae Hungariae, partiumque adnexarum fiat. Viennae die 17a Auguste 1804.*

---

[90]) *servaturis (?)* So bei Deák a. a. O. S. 207 A.

[91]) Ungar. Encyklopädie *vestri*.

[92]) Ungar. Encyklopädie: *procuretis*. Das Rescript richtet sich an die *Reverendi Honorabiles, Spectabiles ac Magnifici, Magnifici item Eregii et Nobiles Fideles Nobis Dilecti*.

Digitized by Google

IX.

Das Recht der Minoritäten.

Vortrag*), gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Wien.

Von

Dr. **Georg Jellinek,**

o. ö. Professor der Rechte an der Universität Heidelberg.

I.

Das Recht der Minoritäten, namentlich wenn man den Begriff „Recht" nicht in streng juristischem Sinne, sondern in weiterer politischer Bedeutung nimmt, ist ein Thema von so grosser Ausdehnung, dass sofort der Stoff, den ich zu erörtern gedenke, eng umgrenzt werden muss. Ihn allseitig zu erschöpfen ist schon deshalb unmöglich, weil heute das gesammte hier zu behandelnde geschichtliche Material auch nicht im entferntesten gesammelt vorliegt. Dass Mehrheit den Ausschlag gebe dort, wo es gilt Beschlüsse zu fassen, sei es bei Wahlen, sei es in der Gesetzgebung oder in verwaltenden und richtenden Collegien, erscheint uns heute so selbstverständlich, dass wir auf eine nähere Begründung verzichten zu müssen glauben. Und dennoch ist der Satz, dass Mehrheit entscheide, nichts weniger als selbstverständlich. Im Gegentheile, er hat wie alle Rechtssätze seine Geschichte, und zwar eine sehr verwickelte Geschichte. Ueber seinen Ursprung lassen sich nur Vermuthungen aufstellen, die meist dahin gehen, dass er an Stelle ungeregelten

*) In erweiterter Form.

Digitized by Google

Kampfes trat[1]), oder dass in dem Mehrheitsentscheid ein Gottesurtheil erblickt wurde. Die Demokratien des Alterthums haben ihn gekannt und in verschiedenartiger Weise durchgebildet, dabei häufig die Rechte von Minoritäten anerkennend. Die mittelalterliche Welt aber hat ihn nur langsam und mit Vorbehalten angenommen. Dass zwei von vornherein mehr werth sein sollten als einer, widersprach dem kraftvollen Individualitätsgefühl, das namentlich die germanischen Völker auszeichnete. Wenn ein kühner Mann im offenen Kampfe fünf überwinden konnte, warum sollte er sich im Rathe der Mehrheit beugen? Daher finden wir für mittelalterliche Ständeversammlungen oft den Satz, die *pars sanior* solle entscheiden, nicht die *pars maior*[2]), oder die Stimmen sollen gewogen, nicht gezählt werden. Es gab ständische Körperschaften, in denen bis in die neuere Zeit eine geregelte Stimmzählung überhaupt nicht stattfand, so namentlich der ungarische Reichstag.[3]) Im öffentlichen Leben der Germanen wurden ursprünglich Beschlüsse — vor allem Wahlen — einstimmig, meistens durch Acclamation vorgenommen, die wohl hie und da eine kleine dissentirende Minorität übertönte.[4]) Noch heute sind Reste dieser alten Rechtsanschauung deutlich in jenem Rechte zu erkennen, das die geschichtliche Continuität am reinsten bewahrt hat, im englischen. Noch heute gilt im englischen Gerichtsverfahren der Satz, dass das Verdict der Geschworenen, ob es verurtheile oder freispreche, einstimmig gefasst sein müsse, und bis vor kurzem wurde die Jury im Lande der Freiheit so lange eingesperrt, bis sie zu einer Einigung gekommen war. Selbst bei Parlamentswahlen kommt unter Umständen heute noch der altgermanische Gedanke der Einhelligkeit der Wahl zum Ausdruck. Ursprünglich ernannte nämlich die Grafschaftsversammlung die Abgeordneten zum Hause der Gemeinen. Eine die Zahl der zu wählenden Abgeordneten über-

[1]) Vgl. die interessanten Bemerkungen von Bernatzik, Das System der Proportionalwahl, in Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, XVII, S. 417, N. 1.

[2]) Ausgebildet durch die canonistische Corporationslehre. Vgl. die eingehende Darstellung von Gierke, Genossenschaftsrecht, III., S. 324 ff.

[3]) v. Virozsil, Das Staatsrecht des Königreiches Ungarn, III, S. 50 ff.

[4]) Auch später, als das Mehrheitsprincip zur Geltung kam, wurde noch immer an dem Erfordernisse der Einstimmigkeit insofern festgehalten, als der Minderheit die Pflicht auferlegt wurde, dem Mehrheitsschlusse zuzustimmen.

Digitized by Google

steigende Mehrheit von Candidaten kam da lange Zeit überhaupt nicht vor. Vielmehr wurden die künftigen Abgeordneten von zwei Mitgliedern der Versammlung vorgeschlagen. Erhob sich kein Widerspruch, so galten sie als einstimmig gewählt. So ist es aber noch bis auf den heutigen Tag, trotzdem sich eine gründliche Aenderung im Wahlverfahren vollzogen hat. Ein Wähler proponirt, ein zweiter secundirt, acht Wähler stimmen der Nomination zu, die nicht mehr wie früher mündlich, sondern schriftlich erfolgt. Tritt kein Gegencandidat auf, so gelten die Vorgeschlagenen, *nemine contradicente*, als einstimmig gewählt. Sind aber mehrere Candidaten vorhanden, dann erst findet eine „bestrittene Wahl" mit Stimmenabgabe statt.[5]) Das reine Majoritätsprincip ist also noch in der Gegenwart bei den englischen Parlamentswahlen nicht anerkannt.

Auf welchem Wege das Majoritätsprincip sich allmälig Bahn gebrochen hat, das ist im einzelnen noch gar nicht festgestellt. Wahrscheinlich war es zuerst die Kirche, die es unter dem Einflusse romanistischer Vorstellungen einführte[6]) und deren Beispiel vom Staate nachgeahmt wurde. Während nämlich die Kirche anfänglich den Papst durch die benachbarten Bischöfe und den Clerus von Rom unter Acclamation des Volkes wählen liess[7]), hat sie, den Principien der römischen Corporationstheorie folgend, später einer Zweidrittelmajorität der Cardinäle das Recht, den Stuhl Petri zu besetzen, eingeräumt, hingegen für die Bischofswahlen seit 1215 nur einfache Majorität der Domcapitel gefordert.[8]) Nach diesem Beispiele, wie erst jüngst nachgewiesen wurde[9]), hat die goldene Bulle für die deutsche Königswahl einfache Majorität der Kurfürsten verlangt. Im späteren Mittel-

---

[5]) Anson, *Law and Custom of the Constitution*, I, S. 121 f.

[6]) Auf dem Wege der Fiction, dass der Mehrheitswille identisch mit dem Gesammtwillen sei. Vgl. Gierke, a. a. O. S. 153, 219 ff., 323, 470 f.

[7]) Bei zwiespältigen Wahlen galt schon früh nach römischem Vorbild das Mehrheitsprincip. Vgl. den Beschluss der römischen Synode von 499 bei Hinschius, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten, I, S. 218 u. 8.

[8]) Auch hier galt aber ursprünglich der Satz, dass die Majorität nur dann entscheiden solle, wenn sie der *sanior pars* sei, c. 42, 55, 57, X. *de elect* 1, 6.

[9]) H. Bresslau, Zur Geschichte der deutschen Königswahlen. Deutsche Zeitschrift für Geschichtswissenschaft, Jahrg. 1897/98, S. 122 ff. Bis zum Kurverein zu Rense wurde an dem Princip der Einhelligkeit der Wahl festgehalten, Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl, S. 459, 464.

Digitized by Google

alter begegnen wir auch in zahlreichen Weisthümern dem Satze: Minderheit solle der Mehrheit folgen. Keineswegs aber ist nun etwa in deutschen Landen zu Zeiten des alten Reiches überall das Majoritätsprincip durchgedrungen. Eine monarchisch-aristokratische Gesellschaft und die aus ihr hervorgehende Gestaltung der Staatsordnung kann es ihrer Natur nach nur innerhalb enger Schranken anerkennen. Daher mussten im Reiche der Kaiser und alle drei Collegien des Reichstages übereinstimmen, damit ein Reichsschluss zustande kam und ähnlich lag die Sache in allen Staaten mit ständischen Institutionen. Wohl suchte hie und da die Theorie die Nothwendigkeit einhelliger Beschlüsse zu leugnen, aber mit welchen geistigen Mitteln! So hat es Reichspublicisten gegeben, die, sei es zur Stärkung der kaiserlichen Gewalt, sei es um einen minder schleppenden Geschäftsgang in Reichssachen herbeizuführen, die Behauptung aufstellten, die Gewalt des Reiches sei gleich zwölf Zwölfteln — der Beweis für diesen sonderbaren Satz wird aus einer Stelle des Sueton geführt —, der Kaiser habe hievon sechs Zwölftel, jedes Reichscollegium hingegen zwei Zwölftel, so dass der Kaiser mit einem Collegium den Ausschlag geben könne.[10]) Allein diese arithmetische Weisheit hat keine praktische Anerkennung gefunden.

Wenn ich nunmehr meine Aufgabe umgrenze, so schliesse ich von ihr alles aus, was sich auf die Stellung der Minoritäten bei Wahlen bezieht, da dieses Thema bereits eingehend untersucht wurde und noch immer an vielen Orten Gegenstand eifriger politischer Discussion ist. Die Frage nach der Minoritätenvertretung, die zahlreichen Theorien über die Proportionalwahlen, die Verwirklichung, welche sie bereits gefunden haben, zu untersuchen, muss ich an dieser Stelle unterlassen, da solches uns viel zu weit wegführte von den bisher wenig oder gar nicht erörterten Problemen, die das Recht der Minoritäten berühren. Es genügt darauf hinzuweisen, dass eine umfassende Darstellung der politischen Stellung der Minoritäten auch mit jener Frage sich eingehend zu beschäftigen hätte.

Ferner genügt es, wenn ein zweiter wichtiger Punkt hier kurz berührt wird. Seit den ältesten antiken Verfassungen bis

[10]) Th. Reinkingk, *De regimine seculari et ecclesiastica ed. sec. 1622*, S. 319 sq. Vgl. Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, I, S. 91 f.

Digitized by Google

in die Gegenwart wurde und wird Minoritäten durch Bevorrechtung wirksamer Schutz und Antheil an der Entscheidungsgewalt ertheilt. Die Gliederung der Völker in Classen, Centurien, Tribus, Curien, der Stände in mehrere Collegien, der Parlamente in zwei Häuser mit verschiedener Zusammensetzung, die Berufung von Abgeordneten durch die Krone und nach Interessengruppen, die Censuswahlen u. s. w., selbst die Sanction des Monarchen und das Veto eines Präsidenten haben unter anderem den Zweck, den reinen, auf die Kopfzahl gegründeten Mehrheitsentscheid zu verhindern. Mit der Stellung derartiger verfassungsmässig bevorrechteter Minoritäten haben wir uns auch nicht weiter zu befassen: es reicht für unsere Zwecke hin, das Dasein solcher Institutionen festzustellen.

Auch die zahlreichen Rechte, die dem Individuum und den Minoritäten durch die Organisation der Justiz und der Verwaltung gegeben sind, fallen nicht in den Bereich unserer Untersuchung — könnte doch sonst das ganze Verwaltungs- und Processrecht unter diesem Gesichtspunkte abgehandelt werden. Ja, selbst das gesammte Verfassungsrecht müsste hier eingehend untersucht werden.[11]) Die modernen Theorien von der Theilung der Gewalten bezwecken nicht in letzter Linie Schutz der Einzelnen vor der Majoritätsherrschaft, wie denn auch die Forderungen nach Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit in nachweisbarem Zusammenhange mit dem Misstrauen gegen wechselnde Majoritäten und der von ihnen beeinflussten Regierungen stehen.

Das hier zu untersuchende Problem ist einzig und allein das Recht der Minoritäten bei Entscheidungen in gesetzgebenden Collegien und bei Volksabstimmungen. Die geschäftsordnungsmässigen Rechte, welche Minoritäten in den Parlamenten geniessen, werden auch nur soweit berührt werden, als sie mit

---

[11]) Der Zusammenhang einer ganzen Reihe verfassungsmässiger Institutionen mit dem Rechte der Minoritäten wurde bereits energisch betont von Guizot, *Histoire des origines du gouvernement répresentatif en Europe, I, p. 112: „Les précautions électorales, les débats des chambres, leur publicité, la liberté de la presse, la responsabilité des ministres, toutes ces combinaisons ont pour object de ne déclarer, pour ainsi dire la majorité qu'à bonnes enseignes, de la contraindre à se légitimer sans cesse pour se conserver, et de mettre la minorité en état de lui contester son pouvoir et son droit.“*

Digitized by Google

jenem Problem in Zusammenhang stehen. Sie haben übrigens alle den wesentlichen Zweck, einer Minorität oder einem Einzelnen die Möglichkeit zu verschaffen, sich geltend zu machen und dadurch die Entscheidung des Collegiums zu beeinflussen.

Während die früher erwähnten Punkte mehr oder minder eingehende Beachtung gefunden haben, ist diese Frage niemals einer systematischen Betrachtung unterzogen worden. Die Literatur ist bisher in der Regel über gelegentliche Aeusserungen nicht hinausgekommen. Dieses interessante Problem, zugleich das wichtigste in dem ganzen Complex von Fragen, die das Recht der Minderheit betreffen, wird uns zur Genüge beschäftigen. Ja, wir werden selbst bei solcher Beschränkung nur in den grössten Zügen zeichnen können.

Dieses Recht der Minoritäten kann einen doppelten Zweck verfolgen: den Schutz objectiver staatlicher Institutionen oder subjectiver Interessen. Aber nur in der Theorie, nicht aber praktisch lässt sich beides auseinanderhalten, da Institutionen und Interessen in Wirklichkeit stets eng mit einander verknüpft sind. So würde z. B. eine Veränderung oder Aufhebung des englischen Oberhauses nicht nur in den Bau des englischen Staates eingreifen, sondern auch die öffentlich-rechtliche und sociale Stellung der Peers treffen. Es soll denn im folgenden auf diesen theoretischen Unterschied nicht näher eingegangen werden.

Wir wollen nun zuvörderst nach rückwärts und sodann nach vorwärts blicken. Zunächst wollen wir sehen, inwiefern Minoritäten heute ein entscheidendes Recht gegeben, aus welchem Gedankenkreise es entsprungen ist, wie es sich entwickelt hat. Sodann aber wollen wir uns der Zukunft zuwenden und untersuchen, welche Bedeutung die Frage nach dem Rechte der Minoritäten für kommende Zeiten hat.

II.

Wir schreiten zur Beantwortung der ersten Frage: hat Mehrheitswille, d. h. der Wille der absoluten Mehrheit, überall in gesetzgebenden Versammlungen unbeschränkte Entscheidungsgewalt, und wenn nicht, wie und wo sind ihm Schranken gesetzt?

Digitized by Google

Um diese Frage zu beantworten, müssen wir zurückgreifen in jene Zeiten, in denen die modernen Anschauungen von Verfassung und Gesetz zuerst auftreten.

Gegen das Ende des 16. Jahrhunderts taucht die ganz neue Vorstellung auf, dass es Gesetze gebe, die mit besonderer Heiligkeit umkleidet sind, die höheren Werth haben als die übrigen. Das sind die Grundgesetze, *leges fundamentales*. Das Wort *fundamentalis* ist weder classisch, noch gehört es dem mittelalterlichen Latein an. Bei Ducange ist es nicht zu finden, es ist daher zweifellos eine Neubildung. Wenn auch seit der Renaissance der antike Gegensatz von πολιτεία und νόμοι, von Verfassung und Gesetz, wie ihn Aristoteles entwickelt hatte, allgemein bekannt war, so entstammt dennoch die Vorstellung eines Grundgesetzes wesentlich den grossen Kämpfen zwischen Königthum und Volksthum, wie sie seit Beginn der neueren Zeit namentlich im Gefolge der Reformation eingetreten waren. Grundgesetze sollen nicht einseitig vom Könige geändert werden können. Schon im 16. Jahrhundert heisst es bei den Monarchomachen, die *„leges quae dicuntur fundamentales“* [12]) seien dem königlichen Willen entrückt. Loyseau erklärt zu Anfang des 17. Jahrhunderts, dass die *„loix fundamentales de l'Estat“* für den König von Frankreich, der ja schon damals ein absoluter Herr war, eine feste Schranke bilden [13]) und auch der pedantische Despot Jacob I. beruft sich auf das Dasein von *fundamental laws*, die er in seinem Sinne deutet.[14]) Der Osnabrücker Frieden führt den Begriff des Grundgesetzes in das deutsche Staatsrecht ein.[15])

Was aber ist ein Grundgesetz? In der gelehrten Literatur vermag es niemand zu sagen. Im Leviathan erwähnt Hobbes den Unterschied zwischen Grund- und anderen Gesetzen, fügt aber hinzu, er habe bei keinem Autor eine Definition des Grund-

---

[12]) Treumann, Die Monarchomachen (in Jellinek-Meyer, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, I, 1), S. 77, N. 5.

[13]) *Traité des Seigneuries*, 1608, S. 26.

[14]) Prothero, *Select Statutes and other Constitutional Documents illustr. of the reign Elizabeth and James*, I, Oxford 1894, S. 400.

[15]) J. P. O. VIII, 4: *De caetero omnes laudabiles consuetudines et Sacri Romani Imperii constitutiones et leges fundamentales, imposterum religiose serventur.*

Digitized by Google

gesetzes gefunden.[16]) Hierauf sucht er selbst dem Worte einen festen Sinn zu geben: ein Grundgesetz sei ein solches, dessen Aufhebung den Staatskörper zerstören und völlige Anarchie hervorrufen würde. Das Grundgesetz ist daher nichts anderes als der Grundvertrag, auf den Hobbes das ganze Gebäude seiner Staatslehre gründet, sowie die nächsten Consequenzen, die er aus diesem Vertrage zieht.

Hobbes hatte nicht geahnt, welch grosse Bedeutung damals schon dieser neue Begriff des Grundgesetzes ausserhalb der zünftigen Gelehrtenwelt gewonnen hatte, dass seine Lösung des Problems nichts weniger als neu war. Der Zusammenhang zwischen Grundgesetz und Gesellschaftsvertrag hat in der gewaltigen Volksbewegung, die England seit dem Beginne des 17. Jahrhunderts durchwühlte, deren Folgen für die ganze Entwicklung des modernen Staates erst heute in ihrem vollen Umfange erkannt werden, eine grosse und folgenschwere Rolle gespielt.

Die Puritaner nämlich und Independenten, also die Träger der revolutionären Bewegung in England und Schottland, stehen unter der Herrschaft der von ihnen aus den Principien der reformirten Kirche gefolgerten Anschauung, dass alle Gewalt, kirchliche wie weltliche, in die Hand der Gemeinde gelegt sei.[17]) Deshalb bedarf es zur Gründung einer Kirchengemeinschaft eines Vertrages der künftigen Gemeindemitglieder, und in der That organisiren sich die Anhänger dieser Lehre dadurch, dass sie „*covenants*", Verträge abschliessen[18]), weshalb die ganze Partei den Namen der Covenanter bekam. Aber nicht nur die Kirchen-, auch die Staatsgemeinde ist nach ihrer Anschauung Product eines Vertrages. Daher verlangen die Officiere Cromwell's unter dem Einflusse der Leveller und namentlich deren Führers John Lilburne, dass eine von ihnen ausgearbeitete und beschlossene Verfassung gleichsam als Grundvertrag Englands vom Parlamente allen Engländern zur Unterschrift vorgelegt werden solle. In diesem Instrument, dem *agreement of the people* (Volks-

[16]) *I could never see in any author what a fundamental law signifieth, Ch. 26. The English Works of Th. Hobbes*, London 1839, III, S. 275. In der lateinischen Ausgabe fehlt diese Stelle.

[17]) Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, S. 31 ff.

[18]) Borgeaud, *Établissement et revision des constitutions*. Paris 1893, S. 8.

Digitized by Google

vertrag), wird erklärt, dass es die fundamentalen Rechte und Freiheiten des Volkes enthalte. Diese Fundamentalrechte werden aber ausdrücklich den Majoritätsbeschlüssen des Parlaments entzogen. Jedes Gesetz, das in dieser Richtung von der Mehrheit einer Minderheit solle aufgezwungen werden, sei null und nichtig. Ueber diese Grundgesetze könne überhaupt nicht das Parlament befinden, sondern nur das Volk, dessen Willen das Parlament selbst seinen Auftrag und seine ganze Existenz verdanke. Ueber die Formen jedoch, in denen die Aenderung der verfassungsmässigen Grundsätze durch das Volk vor sich gehen solle, ist in diesem merkwürdigen Documente, dessen ursprüngliche Gestalt erst vor einigen Jahren wieder an's Licht gezogen wurde [19]), nichts gesagt. Doch hätten ihren Principien gemäss diese frommen Männer Einstimmigkeit des gesammten Volkes zur Verfassungsänderung verlangen müssen. Dem religiösen Gefühle ist Achtung vor der Mehrheit fremd. Ein Erwählter ist mehr werth als zehntausend Verworfene. Der Werth der Einzelpersönlichkeit ist ein unendlicher geworden. Nur in untergeordneten Dingen könnte da die Mehrheit entscheiden. Steht aber die ganze Ordnung des Gemeinwesens in Frage, dann müsste Einstimmigkeit zur Aenderung erforderlich sein.

Diese revolutionäre Bewegung geht aber in England vorüber. Das alte Parlament kehrt mit dem Königthum zurück und überdauert dieses Königthum, es wird durch die glorreiche Revolution von 1688 die unbestritten herrschende Macht in England. In diesem Parlamente hatte jedoch schon seit langem in jedem der beiden Häuser die einfache Mehrheit entschieden, und so ist es bis auf den heutigen Tag der Fall. Das englische Recht weiss von keiner Angelegenheit, welche zur Beschlussfassung eine qualificirte Mehrheit erfordern würde. Diese realen Verhältnisse wirken nun auch auf die politische Literatur ein, die selbst da, wo sie reformiren will, viel öfter, als man zu

---

[19]) Der erste Entwurf, abgedruckt bei Gardiner, *History of the great civil war*. III, London 1891, S. 608 sq. Der definitive Text bei Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution*. Oxford 1889, S. 270 sq. In ihm ist von dem verfassungsändernden Rechte des Volkes nicht mehr die Rede, dafür sind im achten Absatz (S. 279, 80) sechs Punkte aufgezählt, welche parlamentarischen Majoritätsschlüssen entzogen sein sollen.

Digitized by Google

glauben geneigt ist, nur die gegebenen Verhältnisse wiederspiegelt. In seinem berühmten Buche über die Regierung untersucht Locke die Lehre vom Socialvertrag, die nun in England von allen Seiten anerkannt wurde, zumal die Revolution und die Reaction, John Lilburne und Thomas Hobbes, ihr gehuldigt hatten. Ein Vertrag, und zwar ein Vereinigungsvertrag ist es, durch den der Staat gegründet wird. Einstimmig muss dieser ursprüngliche Vertrag abgeschlossen werden, stillschweigend tritt ihm jeder bei, der zu seinen Jahren kommt. Aber dieser Vertrag hat kraft Naturrechtes eine wichtige Clausel: Im Staate soll künftig der Mehrheitswille widerstandslos gelten.[20]) Schranken sind diesem Mehrheitswillen nur durch die Zwecke der Vereinigung gesetzt: Bewahrung des Eigenthums des Einzelnen, in welchem auch Leben und Freiheit enthalten sind. In solchem Fall ist dem Volke ein Widerstandsrecht selbst gegen den Gesetzgeber gegeben, dem es die übertragene Gewalt entziehen kann. Aber Locke unterlässt es anzugeben, durch welche legale Mittel die durch ungerechte Gesetze verletzten Einzelnen oder Minoritäten in den Stand gesetzt werden sollen, sich wehren zu können.

Auch auf dem Continente hatte man in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts begonnen, das Recht der Minoritäten gegenüber den Grundgesetzen zu untersuchen. Zuerst hat Pufendorf darüber eine bestimmte Ansicht geäussert. Das den Staat constituirende *pactum unionis* muss einstimmig abgeschlossen werden. Das auf Grund dieses *pactum* erlassene Decret über die *forma regiminis* hingegen wird mit Mehrheit beschlossen. Nur diejenigen, die den Vereinigungsvertrag bedingt eingegangen sind, brauchen sich ihm nicht zu fügen, bleiben aber dafür ausserhalb des sich bildenden Staates.[21]) Noch eingehender hat sich die Literatur des 18. Jahrhunderts mit dieser

---

[20]) *Two treatises of government*, II, ch. VIII, 96—99. Schon Hobbes hatte erklärt, dass im einstimmig abzuschliessenden Socialvertrag die Bestimmung enthalten sei, sich dem von der Mehrheit bezeichneten Herrscher zu unterwerfen. Ist der Herrscher ein *concilium*, dann gilt dessen Mehrheitswille. *De cive*, V, 8, Leviathan, ch. XVIII, a. a. O. p. 159. Vor Hobbes hatte H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, V, 17 auf Grund antiker Lehren behauptet, dass „*naturaliter pars maior ius habet integri*".

[21]) *De iure naturae et gentium*, VII, 2, §. 8.

Digitized by Google

Frage beschäftigt. Am energischesten hat Chr. Wolff betont, dass die gesetzgebende Gewalt an den Grundgesetzen eine unübersteigliche Schranke habe, nur Herrscher und Volksgesammtheit können sie gemeinsam ändern.[22]) Von den Schülern Wolff's hat namentlich E. de Vattel das Problem eingehend erörtert. Er schreibt dem Volke zwar volle Freiheit zu, die Verfassung nach Belieben durch Mehrheitsbeschlüsse zu ändern, entzieht aber dieser Mehrheit das Recht, sie der Minderheit aufzudrängen. Fügt sich die Minderheit nicht, so kann sie unbelästigt den Staat verlassen und anderswo ein neues Gemeinwesen gründen.[23]) Am wichtigsten sind aber die Ausführungen Rousseau's. Er kehrt zu dem Satze Locke's zurück, dass auf Grund des ursprünglichen, einstimmig abgeschlossenen Vertrages die Mehrheit die Minderheit verpflichte, fühlt aber den tiefen Widerspruch dieser Behauptung mit dem von ihm so energisch vertheidigten Satze, dass jeder im Staate frei und daher nur seinem eigenen Willen unterworfen sein müsse. Er löst ihn durch die sophistische Ausführung, dass der bei einer Volksabstimmung in der Minderheit Gebliebene sich über den Inhalt der *volonté générale*, die ja auch die Essenz seines Willens bildet, getäuscht habe. Der Mehrheitswille enthalte stets den wahren Allgemeinwillen, an dessen Bildung auch der Dissentirende durch Stimmgebung theilnehme.[24]) Doch fühlt er das Bedenkliche dieser Deduction selbst, indem er empfiehlt, die Stärke der zum Beschlusse nothwendigen Majorität nach der Wichtigkeit und Dringlichkeit des Gegenstandes festzusetzen.[25]) Niemals aber ist ein Schutz der Minoritäten nothwendig, da Rousseau es für undenkbar erklärt, dass der Allgemeinwille den Einzelnen absichtlich wolle schaden können.[26])

---

[22]) *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* VIII, §. 815: *Potestati legislatoriae non subsunt leges fundamentales.*

[23]) *Le droit des gens, l.* I, ch. III, §. 33.

[24]) *Du contrat social,* IV, II.

[25]) *Plus les déliberations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'importe doit approcher de l'unanimité.* Das soll namentlich bei Gesetzen gelten.

[26]) A. a. O. I, 7: .... *il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres; et nous verrons ci-après qu'il ne peut nuire à aucun en parculier. Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit être.*

Digitized by Google

Alle diese Untersuchungen sind aber vorläufig rein akademischer Natur. Wo waren die Verfassungen, wo die Grundgesetze, die durch den Mehrheitswillen oder den Willen aller hätten geändert werden können? In der Wirklichkeit war damals auf dem Continente davon nur wenig zu finden. Zu praktischer Bedeutung gelangt diese ganze Lehre fern von der Stätte, die sie erzeugt hatte, jenseits des Oceans, in Amerika.

Da müssen wir aber etwas zurückgreifen. Jene englischen revolutionären Lehren vom einstimmigen Gesellschaftsvertrage als Grund des Staates hatten eine merkwürdige Verkörperung gefunden in den amerikanischen Colonien Britanniens. Wenn dorthin Ansiedler aus dem Mutterlande zogen, so hielten sie es für selbstverständlich, feierliche Pflanzungsverträge abzuschliessen, die sie alle Mann für Mann für sich, ihre Weiber und Kinder unterzeichneten. Das bekannteste dieser Documente ist der Vertrag, den die „Pilgrimväter" am 11. November 1620 an Bord des Schiffes „Maiblume" abgeschlossen hatten. Das bedeutsamste aber sind die *Fundamental Orders of Connecticut* vom 14. Januar 1638(39), in denen eine detaillirte Staatsverfassung aufgestellt wurde. Alle diese Verträge gelten als dem Willen der Mehrheit entzogen. Ganz wie die Leveller in der Heimat dachten diese englischen Ansiedler: was alle beschlossen haben, kann auch nur von allen geändert werden. Nun erhielten aber diese Colonien im Laufe der Zeit, sei es von den englischen Königen, sei es von ihren Eigenthümern, wie z. B. Pennsylvanien von William Penn, Charters, verbriefte Rechte, die Vorläufer der modernen Verfassungsurkunden. Auf diese Colonialcharten, die häufig nichts anderes als eine Bestätigung der durch eigene Beschlüsse der Colonie festgesetzten Organisation und der den Staatsgenossen gewährten Rechte enthielten, überträgt sich unvermerkt die Vorstellung des Grundvertrages oder Grundgesetzes, das dem Majoritätswillen entrückt sein soll.

Diese Vorstellung wird von der grössten praktischen Bedeutung seit 1776. Die vom britischen Mutterlande sich losreissenden amerikanischen Colonien geben sich kraft der nun erlangten Machtvollkommenheit in diesem und den folgenden Jahren Verfassungen — die ersten Verfassungsurkunden im modernen Sinne. Alle diese Verfassungsurkunden werden als unmittelbare Ausflüsse des Willens des vereinigten Volkes betrachtet: sie

Digitized by Google

sind gleichsam der geschriebene Grundvertrag, auf dem nach amerikanischer Anschauung bis auf den heutigen Tag der Staat ruht. Bald erhebt sich aber die Frage: Können diese Verfassungen geändert werden, und wenn es geschehen kann, in welchen Formen? Die alte, auf kirchlichen und naturrechtlichen Anschauungen beruhende Lehre von der Einstimmigkeit als Erforderniss der Verfassungsänderung kann selbstverständlich nicht aufrecht erhalten werden, einem allem Doctrinarismus so abholden Volke wie den Amerikanern lag nichts ferner als das polnische *liberum veto* seinen Institutionen einzufügen. Aber complicirte und kräftige Hinderungsmittel der Verfassungsänderung werden beschlossen, so dass es nirgends schwerer ist, eine solche ins Werk zu setzen, als in den Vereinigten Staaten. Die amerikanischen Verfassungen sind rigide Verfassungen im Gegensatz zu den biegsamen, die Europa in nicht geringer Zahl kennt. Die nunmehr geschaffenen Formen für die Verfassungsänderungen verfolgen verschiedene Zwecke. Einmal sollen häufige Aenderungen hintangehalten werden, daher finden wir Verbote, sie innerhalb einer bestimmten Zeit vorzunehmen, sodann soll das Volk selbst darüber in letzter Instanz entscheiden können, daher eingehende Bestimmungen über die Art der Volksentscheidungen. Ein grosser Theil dieser Formen bezweckt aber Schutz der parlamentarischen Minorität, der ein Recht des Widerspruchs gegen die geplante Aenderung gegeben ist. Selbst für die ein Amendement zur Verfassung der Einzelstaaten sanctionirende Volksabstimmung ist nicht immer einfache Majorität genügend. In jenem Rhode Island, das sich im 17. Jahrhundert als eine der ersten Colonien auf Grund von Pflanzungsverträgen constituirt hatte, kann bis auf den heutigen Tag nur durch eine Dreifünftel-Majorität des abstimmenden Volkes die Verfassung geändert werden, so dass einer allerdings bedeutenden Minorität das Recht des Widerspruches gegeben ist.[27]) In der Regel ist aber in den Legislaturen, die überall zunächst über die Verfassungsänderung zu befinden haben, eine grössere als einfache Mehrheit zu einem giltigen Beschlusse nothwendig,

[27]) Ursprünglich wurde in mehreren Staaten Zweidrittel-Majorität der Wähler zur Bestätigung der Verfassungsänderung verlangt; vgl. Borgeaud, p. 171 sq., 177.

Digitized by Google

und zwar sind hier die mannigfachsten Combinationen vorhanden: Dreifünftel- oder Zweidrittel-Majorität in jedem Hause, Zweidrittel-Majorität in einem Hause, in den anderen einfache Majorität, Abstimmung in zwei aufeinanderfolgenden Legislaturen mit einfacher Mehrheit in der einen und Zweidrittel-Mehrheit in der nächsten oder sogar (in Delaware) mit Zweidrittel-Mehrheit in der einen und Dreiviertel-Mehrheit in der andern u. s. w. Wo solche Bestimmungen mangeln ist aber häufig einfache Majorität in einer zweiten Legislatur vorgeschrieben, um zu erkunden, ob die ursprüngliche Mehrheit noch fortbestehe.[28])

Dieses System des Minoritätenschutzes ist aber auch durchgeführt worden in der Verfassung der amerikanischen Union selbst. Zwei Drittel beider Häuser des Congresses müssen die Verfassungsänderung beschliessen und drei Viertel der Staatenlegislaturen müssen sie ratificiren, so dass sowohl die Minderheit in jedem Hause des Congresses als eine noch geringer bemessene Minderheit von Staaten das Recht besitzt, das Zustandekommen eines Amendements zu hindern. Diese Minoritätenrechte sind nun in der That so weitgehend, dass in diesem Jahrhundert nur vier Zusätze zur Verfassung angenommen worden sind und seit mehr als dreissig Jahren keiner der zahlreichen auf eine Verfassungsänderung zielenden Vorschläge durchgedrungen ist. Kraft dieses Rechtes der Minoritäten ist die Unionsverfassung die rigideste, die es überhaupt gibt. ein Zustand, der zu der interessanten Erscheinung Anlass gibt, dass manches, was nicht formell beschlossen wurde, durch die Mächte des Lebens auf dem Wege gewohnheitsmässiger Uebung sich Bahn bricht, so dass aus der Unveränderlichkeit des Buchstabens der Verfassung nicht auf die Starrheit der Verfassung selbst geschlossen werden darf.[29])

Der amerikanische Gedanke des Minoritätenschutzes vereinigt sich nun bald auch in Europa mit der naturrechtlichen Vorstellung vom Wesen der Verfassung, um die Forderung nach einem Rechte der Minoritäten zu erwecken, Verfassungs-

[28]) Vgl. die Zusammenstellung bei Ellis Paxon Oberholtzer, *The Referendum in America (Publications of the University of Pennsylvania)*, Philadelphia 1893, p. 41, und die näheren Daten dabei im Appendix daselbst.

[29]) Vgl. hierüber die interessanten Ausführungen von James Bryce, *The American Commonwealth*, 2. ed., I, ch. XXXIV, p. 381 sq.

Digitized by Google

änderungen durch ihren Einspruch hemmen zu können. Diesen höchst interessanten Process im einzelnen zu verfolgen, würde uns hier zu weit führen. Nicht alle, aber doch viele Verfassungen haben diese Idee acceptirt und in der verschiedenartigsten Weise ausgeführt. Unberührt sind von ihr geblieben die Staaten mit alten Verfassungen, also England [30]) und Ungarn, ferner zum Theil jene Verfassungen, die unter dem Einfluss der französischen Theorie vom *pouvoir constituant* entstanden sind; manche von ihnen lassen nämlich besondere Revisionskammern wählen, die gleichsam ein Specialmandat des Volkes besitzen. Bezeichnend ist es auch, dass heute die romanischen Staaten entweder wie Italien [31]) und Spanien gar keine, oder wie Portugal und Frankreich nur solche Formen kennen, die keinen oder doch nur einen geringfügigen Schutz der Minderheit in sich schliessen. Was namentlich Frankreich anbelangt, so hat es nur in den ephemeren Constitutionen der Revolutionszeit und der zweiten Republik den amerikanischen nachgebildete Erschwerungen der Verfassungsänderung gekannt. Die Charte von 1814 hingegen und die revidirte Charte von 1830 schweigen gänzlich über diesen Punkt. Die Scheinverfassungen der beiden Kaiserreiche kommen kaum in Betracht. Heute aber wird eine Verfassungsänderung zunächst mit einfacher Mehrheit in jeder Kammer beschlossen und sodann an die zur Nationalversammlung vereinigten beiden Kammern gebracht, wo dann ebenfalls einfache Majorität, hier aber allerdings sämmtlicher Kammermitglieder entscheidet. Ist also die Majorität vollzählig auf dem Platze, so kann sie jeden Widerstand, auch den der bedeutendsten Minderheit, brechen. Gewiss hat zu diesen Bestimmungen die Erfahrung der Franzosen beigetragen, wie nutzlos alle weitgehenden Schutzmittel der Stabilität der Verfassung waren. Aber andererseits ist Achtung der Minderheiten niemals ernstlich Sache des romanischen, vor allem des französischen Volksthums gewesen. Die altrömischen Vorstellungen von der Staatsomnipotenz liegen den Romanen zu sehr im Blute.

---

[30]) Maine, *Popular Government*, p. 124 sq., hebt energisch die die Majoritätswillkür begünstigenden Nachtheile des englischen Systems im Gegensatz zum amerikanischen hervor.

[31]) Von Brusa, Das Staatsrecht des Königreichs Italien (in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts), S. 14, 15 gebilligt.

Digitized by Google

In ihren Verfassungen haben sie zwar, die Franzosen allen voran, die amerikanischen Sätze von den Rechten der Individuen und den zu Minderheiten vereinten Individuen verkündet, in Wahrheit hat aber dort, und zwar wiederum vornehmlich in Frankreich, die Staatsraison stets die ihr widerstrebenden Minderheiten schonungslos niedergetreten.

In den meisten anderen Verfassungen aber der Gegenwart hat die Idee des Minoritätenschutzes einen mehr oder minder kräftigen Ausdruck gefunden. So in den Niederlanden, in Belgien, Norwegen, den Staaten der Balkanhalbinsel, dann in der Schweiz, wo nicht nur die Mehrzahl der Schweizer Bürger, sondern auch die vielleicht eine Minderheit der Bevölkerung repräsentirende Mehrheit der Cantone zustimmen muss.[32]) So in Oesterreich, sowohl im Reiche, als in den Ländern. So im Deutschen Reiche, in dessen Bundesrathe vierzehn Stimmen ein Veto gegen jede Verfassungsänderung haben, so in den meisten Staaten des Reiches, unter denen aber gerade Preussen eine Ausnahme macht, da dort einfach eine wiederholte Abstimmung in beiden Kammern zur Verfassungsänderung genügt.

Hier erhebt sich eine zweite Frage: Was ist denn eigentlich der Inhalt einer Verfassung, was gehört in das Grundgesetz, das Minoritätenschutz verheisst, was nicht? Wenn Hobbes heute lebte, er fände noch immer in der Literatur keine befriedigende Antwort auf diese Frage. In den verschiedenen Staaten sind neben den Grundzügen der Organisation und der Competenz des Staates die verschiedenartigsten Bestimmungen in die Verfassung aufgenommen worden, die anderswo sogar zu den untergeordnetsten Bestandtheilen einfacher Gesetze zählen würden. Treffende Beispiele hiefür bietet die Verfassung des Deutschen Reiches in der Aufzählung der vermittelnden Functionen, die sie dem Reiche auf dem Gebiete des Eisenbahnwesens zuweist.[33]) Je kleiner der Staat, desto länger pflegt

---

[32]) Anders in den Cantonen, wo die grossen Räthe oder besondere Verfassungsräthe unter Sanction des Volkes durch einfache Mehrheit die Verfassung revidiren.

[33]) Z. B. Art. 45: „Dem Reiche steht die Controle über das Tarifwesen zu. Dasselbe wird namentlich dahin wirken:

1. dass baldigst auf allen deutschen Eisenbahnen übereinstimmende Betriebsreglements eingeführt werden;

Digitized by Google

seine Verfassung zu sein. So sind z. B. die Verfassungen von Oldenburg und Braunschweig mehr als doppelt so umfangreich wie die von Preussen. Welche Principienlosigkeit in der Abgrenzung der Verfassungs- von der einfachen Gesetzgebung herrscht, dafür bietet Oesterreich ein schlagendes Beispiel, indem dort die Reichsrathswahlordnung einfaches, die Landtagswahlordnung hingegen Verfassungsgesetz ist. Was ein Volk alles seiner Verfassung zuweisen kann, das hat vor einigen Jahren die Schweiz in dem Zusatzartikel 25b der Bundesverfassung gezeigt, der das Schächtverbot enthält.[34]) Der Begriff der modernen Verfassung ist daher in den Staaten mit besonderen Verfassungsurkunden oder Staatsgrundgesetzen ein rein formeller geworden, demzufolge ein Verfassungsgesetz dasjenige ist, welches ausdrücklich als solches bezeichnet wurde.

Aber gerade jene Unmöglichkeit, das Gebiet der Verfassungsgesetzgebung anders als durch rein äusserliche Merkmale von dem der einfachen Gesetzgebung zu sondern, hat in neuester Zeit, und zwar wiederum in Amerika, zu einer höchst merkwürdigen und bedeutsamen Erscheinung geführt. Wenn man nämlich die heutigen Verfassungsurkunden der Einzelstaaten mit den ursprünglichen vergleicht, so ergibt sich, dass sie dem Umfange nach ein geradezu enormes Wachsthum aufweisen. In der Folioausgabe sämmtlicher nordamerikanischer Verfassungen, die 1877 vom Senate der Vereinigten Staaten veranstaltet wurde, zählt z. B. die Verfassung Virginiens aus dem Jahre 1776 vier, die aus dem Jahre 1870 hingegen einundzwanzig Seiten, die erste Verfassung von Texas (1845) sechzehn, die Verfassung von 1876 zweiunddreissig Seiten u. s. w. Woher kommt das? Weil immer mehr und mehr Gegenstände der einfachen Gesetzgebung entzogen und der Verfassungsgesetzgebung zugewiesen werden. So finden wir in den neueren Verfassungen Sätze, die

---

2. dass die möglichste Gleichmässigkeit und Herabsetzung der Tarife erzielt, insbesondere dass bei grösseren Entfernungen für den Transport von Kohlen, Coaks, Holz, Erzen, Steinen, Salz, Roheisen, Düngungsmitteln und ähnlichen Gegenständen ein dem Bedürfniss der Landwirthschaft und Industrie entsprechender ermässigter Tarif, und zwar zunächst thunlichst der Einpfennigtarif eingeführt werde."

[34]) „Das Schlachten der Thiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzuge ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt."

Digitized by Google

Lotterien oder den Verkauf geistiger Getränke verbieten, Grundzüge für den Strafvollzug entwerfen, einen Normalarbeitstag festsetzen, den Gehalt der Beamten regeln, genaue Vorschriften für alle Arten von Schulen geben, die Bedingungen für die Verleihung von Corporationsrechten an Eisenbahnen normiren und noch anderes, das im continentalen Europa nicht einmal Sache der einfachen Gesetzgebung, sondern der Regierung ist.[35])

Diese merkwürdige Erscheinung hat eine ganze Reihe von Ursachen. Einmal ist es die Rücksicht auf die Stellung des Richters, der in den Vereinigten Staaten, sowohl in der Union als im Einzelstaat, das Recht hat, verfassungswidrige Gesetze für nichtig zu erklären und von diesem Rechte den ausgiebigsten Gebrauch macht. Will man ein Gesetz vor den Angriffen des Richters ganz sicher stellen, so muss man es eben in die Verfassung selbst aufnehmen.[36]) Sodann das Streben des Volkes, die letzte Entscheidung über praktisch wichtige Dinge selbst in die Hand zu bekommen, verbunden mit dem heute überall verbreiteten Misstrauen gegen die Parlamente. Dieses Misstrauen treibt gerade in Amerika zu höchst merkwürdigen Massregeln.[37]) In den meisten Staaten ist nicht nur, um die rasche Gesetzesfabrikation zu verhindern, die früher jährliche Einberufung der Legislatur abgeschafft und eine zweijährige Sessionsperiode eingeführt worden, es ist sogar ein Maximum von Sitzungstagen für jede Sessionsperiode vorgeschrieben, damit nicht zu viele Gesetze gemacht werden und damit nicht die Aussicht auf längeren Diätenbezug die Volksvertreter zur Ausdehnung der Session veranlasse.[38]) Allein ein wichtiges Motiv der Hypertrophie der Verfassungsgesetzgebung ist zweifellos auch

---

[35]) Bryce, I, p. 427; Oberholtzer, p. 44 sq.

[36]) In einigen Staaten besteht sogar die verfassungsmässige Einrichtung, dass die Richter dem Governor oder jedem Hause der Legislatur auf Verlangen ein Gutachten über Rechtsfragen abzugeben haben. Bryce, I, 432, Hershey, Die Controle über die Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten, Heidelberg 1894, S. 39 f.

[37]) Vgl. auch die interessanten Ausführungen von v. Holst, Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika (in Marquardsen's Handbuch, S. 144 ff.).

[38]) Bryce, I, p. 467.

Digitized by Google

die Rücksicht auf die parlamentarischen Minderheiten gewesen. Durch Aufnahme einer Bestimmung in die Verfassung ist in der grösseren Zahl der Staaten der parlamentarischen Minorität eine bedeutsame Waffe in die Hand gegeben, um einer rücksichtslosen Ausbeutung der Gesetzgebung durch die Mehrheit wirksame Schranken zu bereiten. Noch immer wirkt hier jener alte religiös-naturrechtliche Gedanke nach, dass die Majorität nur innerhalb enger Grenzen unbegrenzte Verfügungsgewalt haben solle. Das entspricht auch am meisten dem germanischen Individualismus, der in keiner Demokratie so kräftig hervorgetreten ist wie in der amerikanischen. Soweit dies in der Demokratie überhaupt möglich ist, haben die Amerikaner dem reinen Majoritätsprincip entgegengearbeitet. Sie haben nicht nur in der Union, sondern auch in allen Staaten das Zweikammersystem durchgeführt, und überall ist für die obere Kammer, den Senat, die Wählbarkeit namentlich durch höheres Alter und längere Ansässigkeit eingeschränkt, so dass die Gewählten gegenüber den der unteren Kammer einer Minderheit angehören. Ferner steht in der Union dem Präsidenten, in den meisten Staaten dem Governor, also einem Einzelnen, ein sehr wirksames suspensives Veto gegen die Beschlüsse der Legislaturen zu.[39]) Es sind nämlich in der Union und 28 Einzelstaaten[40]) Zweidrittel-Majoritäten in jedem Hause nöthig, um eine mit dem Veto belegte Bill von neuem passiren zu lassen. In einigen Staaten besteht sogar die Bestimmung, dass ein einfaches Gesetz nur durch die Mehrheit aller erwählten Mitglieder beschlossen werden kann[41]), wodurch unter anderem auch der Minderheit ein Schutz gegen leichtfertige Ausbeutung der Macht der Majorität gewährt wird. Alle diese Mittel gegen widerstandslose Herrschaft der Mehrheit bezeichnen den Selbstschutz, den die transatlantische Demokratie auf Grund

[39]) In der Union wurden 1789—1889 433 Bills mit dem Veto belegt. Von ihnen sind nur 29 Gesetz geworden. Mason, *The Veto Power*, Boston 1891, p. 124, 125.

[40]) Darunter 13 Staaten die Zweidrittel-Majorität aller Mitglieder fordern. Ausserdem verlangen zwei Staaten Dreifünftel-Majorität in jeder, einer Zweidrittel-Majorität in einem Hause, sieben Majorität aller Gewählten in jedem Hause. Mason, p. 215 ff.

[41]) v. Holst, S. 147.

Digitized by Google

der Principien gefunden hat, aus denen sie hervorgewachsen ist. Ja, dieser Schutz geht noch viel weiter als hier im einzelnen gezeigt werden kann, da in den Städten in der Regel ähnliche Einrichtungen — Zweikammersystem, Veto des Mayors, das nur durch einen neuen Beschluss mit Zweidrittel-Majorität aufgehoben werden kann — getroffen sind, um auch die Localverwaltung vor der Majorität schlechthin sicherzustellen. Es mag allerdings dahingestellt bleiben, ob all diese Mittel stets den ihnen innewohnenden Zweck erreichen, und ob die Demokratie in Amerika auch in späterer Zukunft stets die Einsicht besitzen werde, die Schranken, die sie dem Majoritätsprincipe gezogen hat, unangetastet zu lassen. Denn alle Demokratie hat die niemals ganz wegzubannende Tendenz, die einfache Mehrheit zum allein entscheidenden Factor zu erheben.

Aus der Betrachtung der gegebenen Zustände hat sich das Resultat ergeben, dass auf Grund einer eigenthümlichen Entwicklung bei wichtigen Beschlüssen, die einer besonderen Form der Gesetzgebung, nämlich der verfassungsändernden zugewiesen sind, in sehr vielen Staaten eine grössere als die einfache Majorität gefordert wird, wodurch einer mehr oder minder starken Minorität die Macht gegeben ist, die geplante Aenderung zu hemmen. Eine befriedigende allgemeine Antwort konnte aber nicht gegeben werden. Wie alles auf dem Gebiete parlamentarischen Wesens tragen auch die Versuche, einer Minderheit Rechte zu gewähren, den Charakter des Zufälligen, Unsicheren, Tastenden an sich. Ein festes Princip konnte aus zwei Gründen nicht gefunden werden. Einmal weil sich der Begriff der Verfassung als ein schwer zu umgrenzender dargestellt hat. Sodann aber, weil der Umfang der einspruchsberechtigten Minorität nur nach dem ganz äusserlichen Moment einer Quote der Gesammtheit der Stimmberechtigten oder einer fixen Zahl berechnet wird, so dass die concrete Festsetzung meist etwas Willkürliches hat.

Von der Frage *de lege lata* wollen wir uns nun zu der *de lege ferenda* wenden. Zunächst haben wir da eine andere Frage zu erörtern. Ist hierin nämlich alles der Empirie zu überlassen oder gibt es dennoch auch für dieses Gebiet feste Principien, die sich dem Kundigen enthüllen?

Digitized by Google

III.

Wir treten diesem Problem näher, indem wir zuerst untersuchen, ob es Minoritäten gibt, die ihrem Wesen nach einen gerechten Anspruch auf Anerkennung von Rechten haben, sodann worin diese Rechte bestehen sollen. Mit der ersten Frage hat sich die theoretische Politik in unserem Jahrhundert häufig beschäftigt. Aus der grossen Zahl von Namen, die hier zu nennen wären, seien hervorgehoben der Amerikaner Calhoun, die Engländer Th. Hare, J. St. Mill, H. Spencer, H. S. Maine, die Franzosen B. Constant, Guizot, Tocqueville, Laboulaye, Dupont-White.[42]) Sie alle gehen aus von dem Gedanken, dass es Schranken gebe für den Majoritätswillen, dass reine Majoritätsherrschaft nichts als Unterdrückung und Tyrannei bedeute. Die Frage nach den Grenzen der Majoritätsherrschaft beantworten die Meisten mit dem Satze: Das Recht der Minorität geht so weit wie das Recht des Individuums. An dem Bestande anerkannter Rechte des Einzelnen hat der Mehrheitswille eine unübersteigliche Schranke. Dem Individuum und damit den Minoritäten müsse ein Einspruchsrecht zustehen gegen alle Versuche der Mehrheit, in das ihr entzogene Gebiet einbrechen zu wollen. Die Mittel aber, die angegeben werden, um dieses Recht zu realisiren, haben in der Regel den Zweck, die Minderheiten und Individuen durch Einschränkung der parlamentarischen oder Regierungsmacht zu sichern. Es sind meist die früher erwähnten, oft schon lang bekannten Formen des Minoritätenschutzes: Unabhängigkeit der Justiz, Schaffung der Verwaltungsrechtspflege, Decentralisation der Verwaltung, Aus-

---

[42]) Die einschlägigen Werke von Calhoun, Maine, Guizot, Tocqueville sind an anderen Stellen citirt. Von Hare kommt hier in Betracht sein bekanntes Buch: *A treatise on the election of Representatives*, London 1859, vor allem ch. I und XII, von Mill die beiden Abhandlungen *On liberty* (besonders ch. III) und *Considerations on Representative Government* (ch. VI u. VII), von Spencer namentlich: *The Man versus the State*, IV. *The great political superstition* (zusammengefasst in dem Satz: *„Thus we come round again to the proposition that the assumed divine right of parliaments and the implied divine right of majorities, are superstitions“*, p. 103, 104). Ferner von Constant *Cours de politique constitutionelle éd. Laboulaye*, I, S. 276 und 280 ff., von Laboulaye *L'état et ses limites*, Paris 1863, von Dupont-White *L'individu et l'état, 2. éd.*, Paris 1865.

Digitized by Google

bildung localer Autonomie, Einführung von Minoritätsvertretungen u. s. w., die in der Literatur mehr oder minder eingehend untersucht und angepriesen werden. Allein von den Meisten — auf die Ausnahmen werden wir später zu sprechen kommen — wird die Frage, wie und wann Minderheiten vor Uebergriffen der Gesetzgebung zu schützen seien, kaum gestreift. Einer kleinen Minderheit oder gar einem Individuum gegenüber versagen überall auch die erschwerenden Formen der Verfassungsgesetzgebung ihren Dienst, nicht zu gedenken des Falles, dass die durch legislatorische Massregeln angegriffene Minderheit in der gesetzgebenden Versammlung überhaupt nicht vertreten ist. Nur Nordamerika gewährt dem Individuum einen wirksamen Schutz wenigstens gegen verfassungswidrige Gesetze. Hat dort in irgend einem Staate die Mehrheit ein Gesetz beschlossen, das sich als ein Angriff auf die *Bill of Rights* des betreffenden Staates oder die entsprechenden Bestimmungen der Amendements der Unionsverfassung darstellt (und ähnlich verhält es sich mit den Unionsgesetzen selbst), so ist es Recht und Pflicht des Richters, es gegebenen Falles für unanwendbar zu erklären.[43])

[43]) In Europa hat der kleine Canton Uri eine höchst merkwürdige Bestimmung in seiner Verfassung zum Schutze individueller Rechte gegen Gesetzesbeschlüsse der Landesgemeinden, §. 37 der Verfassung vom 5. Mai 1850 bestimmt nämlich: „Was von den Landesgemeinden oder den Landleuten mit Mehrheit erkennt (sic!) wird, ist Gesetz und dem soll nachgelebt werden. Glaubt sich jemand dagegen zu beschweren, so ist ihm zu gestatten, neuerdings unter den gesetzlichen Formen vor diese Behörde zu treten, um seine Vorstellung anzubringen.

Sollte jemand an seinem habenden, besonderen Privateigenthume durch einen Landesgemeindebeschluss sich gekränkt, oder in seinen Privatrechtsamen dadurch benachtheiligt finden, so mag gegen den Beschluss Recht dargeschlagen werden. So mag auch gegen solche Privatrechte kränkende Begehren von sieben Geschlechtern Recht dargeschlagen werden.

Solchem Rechtdarschlagen ungeachtet fährt zwar die Landesgemeinde in ihren Berathungen und Beschlüssen, dem Rechten unvorgreiflich, fort.

Der Richter wird dann (unabhängig vom neuen Landesgemeindebeschluss) die Rechtsfrage zwischen Volk und dem Rechtsdarschlagenden nach Eid und Gewissen entscheiden." Sammlung der Bundesverfassung und der Cantonsverfassungen. Amtliche Ausgabe, Bern 1880, S. 292. Nach Aschehoug, Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen (in Marquardsen's Handbuch), S. 193 f., ist das richterliche Prüfungsrecht der Gesetze auf ihre materielle Verfassungsmässigkeit in Norwegen anerkannt, nur scheint es dort nicht im entferntesten die praktische Bedeutung zu haben wie in Amerika.

Digitized by Google

Davon wird in der Praxis ein sehr weitgehender Gebrauch gemacht. Aus den Berichten des amerikanischen Arbeitsamtes geht hervor, dass in den letzten Jahren eine Reihe von Staaten Gesetze über Sonntagsruhe beschlossen hat, die häufig vom Richter für ungiltig erklärt wurden. Interessant sind namentlich die Entscheidungen über Sonntagsruhe der Barbiere. Da erklären die Gerichte, jeder Mensch habe verfassungsmässig ein Recht auf glückliche wirthschaftliche Existenz, niemand dürfe zu einer religiösen Handlung gezwungen werden, Specialgesetze, die die Freiheit einzelner Classen von Bürgern einschränken, seien unzulässig u. s. w. Daher sei es ein allgemeines Menschenrecht, auch am Sonntag zu rasiren, wenn man wolle, und der Gesetzgeber habe nicht die Macht, dieses Recht zu beschränken.[44]) Die amerikanische Socialpolitik hat auch nach anderer Richtung hin mit dem Richter zu kämpfen, der manchen Versuchen, einen Normalarbeitstag einzuführen, ein energisches Veto entgegengerufen hat, es sei denn, dass die betreffende Norm zu einer verfassungsmässigen erhoben wurde.

Allein dieser richterliche Schutz, der den Individuen und damit indirect den überstimmten parlamentarischen Minoritäten zutheil wird, hat seine sehr bedenklichen Seiten. Stets ist in solcher Rechtsprechung bei der Unbestimmtheit vieler Verfassungssätze ein arbiträres Moment vorhanden, so dass das Arbitrium des Richters über das des Gesetzgebers gestellt wird. Dadurch kann aber unter Umständen die gedeihliche Entwicklung wichtiger Institutionen durch den Gesetzgeber von dem jeder politischen Verantwortlichkeit baren Richter, der ja wie jeder im öffentlichen Leben Stehende nothwendig dem Einflusse bestimmter politischer Anschauungen ausgesetzt ist, energisch verhindert werden.

Um eine sichere Basis für ein anzuerkennendes Recht von Minoritäten zu finden, wird man von folgenden Erwägungen ausgehen müssen: Der ganze Gedanke der Mehrheitsentscheidung beruht auf der Vorstellung durchgängiger innerer Einheit des Volkes. Die naturrechtlich-demokratische Idee der völlig gleichwerthigen Individuen liegt ihm zugrunde. Unter gleichwerthigen

---

[44]) *Bulletin of the Department of Labor*, I, Washington 1896, S. 670, 673, II, 1897, S. 180, 520 (hingegen anders I, S. 674).

Digitized by Google

Individuen kann es aber vernünftigerweise kein anderes Entscheidungsmittel geben als die Grösse der Zahl.

Alle Volksentscheide und parlamentarischen Einrichtungen, wenigstens soweit es sich um Entscheidungen innerhalb einer Kammer handelt, beruhen auf dem Gedanken dieser Gleichwerthigkeit. Da jedes Parlamentsmitglied als Vertreter des ganzen Volkes betrachtet wird, scheinen Werthunterschiede unter diesen Repräsentanten undenkbar. Diesen Gedanken widerspricht keineswegs das Dasein verschiedener Parteien, die parteimässige Politik, die überall in den Parlamenten getrieben wird. Denn es liegt nun einmal im Wesen des Individuums begründet, dass es staatliche Dinge nur gemäss bestimmten Voraussetzungen beurtheilen kann, die anderen, von anderen Lebensverhältnissen beherrschten fremd bleiben müssen. Aus der Vogelperspective könnte nur ein in den Lüften Schwebender und daher zum praktischen Handeln nicht Geeigneter die politische Welt betrachten. Aber alle rein politischen Parteien sind ihrem Wesen nach fluctuirend. Sie sind in ihrer concreten Ausgestaltung niemals feste und dauernde Erscheinungen im Volksleben. Sie wechseln fortwährend an Zahl, Stärke, Bedeutung. Sie wachsen und vergehen. Wer heute conservativ ist, kann morgen gemässigt liberal, wer liberal, nächstens radical sein. Daher kann bei rein politischer Parteigliederung die Minderheit der Gegenwart die Mehrheit der nächsten Zeit werden. Ein Volk, das nur politische Gegensätze kennt, kann daher dem Majoritätsprincip den breitesten Spielraum gewähren, es kann sich damit begnügen, im Interesse der Stabilität der staatlichen Ordnung sowohl, als auch um die jeweilige Mehrheit nicht übermächtig werden zu lassen, jene uns bereits bekannten Mittel des Minoritätenschutzes anzuwenden und dabei rein empirisch, den jeweiligen Verhältnissen des Einzelstaates angepasst verfahren. Das höchste Recht aber einer Minorität solcher Art besteht darin, dass sie den Versuch machen kann, Majorität zu werden. Alle neuen Parteien haben als Minoritäten begonnen, ihr vernünftiges Ziel ist aber stets gewesen, durch Agitation, Ueberredung, Kritik die öffentliche Meinung zu gewinnen und so schliesslich die Herrschaft zu erringen. Vor diesem Rechte der Minorität ist keine Majorität sicher, da sie keine Mittel besitzt, um es auf die Dauer wirksam unterdrücken zu können.

Digitized by Google

Alle diese Sätze ruhen aber auf der Voraussetzung, dass das Volk politisch eine innere Einheit sei. Nur in einer solchen ist ein derartiges Wachsen und Fluctuiren der Parteien möglich. Da, wo diese Einheit mangelt, kann auch das auf die reine Kopfzahl gegründete Mehrheitsprincip nicht durchgeführt werden. Das haben vor allem die demokratischen Föderativrepubliken der Gegenwart gezeigt. In ihnen sind die staatlichen Gegensätze innerhalb des Bundes so gross, dass neben der Volksmehrheit eine zweite, auf die Zahl der Staaten gegründete, eine mehr oder minder gross bemessene Entscheidungsgewalt hat. Noch weniger aber kann das reine Mehrheitsprincip dort seine Anwendung finden, wo Gegensätze vorhanden sind, die ein Volk ein- für allemal derart scheiden, dass jene Voraussetzung der Gleichwerthigkeit der Individuen hinfällig wird.

Solche Gegensätze sind aber in erster Linie die religiösen gewesen. So lange religiöse Fragen den Charakter von politischen angenommen hatten, hat sich überall energischer Protest gegen das Majoritätsprincip gezeigt. Majorisirung in religiösen Dingen wurde niemals als rechtmässig, sondern stets als Ausdruck brutaler Gewalt empfunden. In besonders prägnanter Weise hat sich ja nach den unseligen Kämpfen des dreissigjährigen Krieges in Deutschland die Verwerfung des Mehrheitsprincips in religiösen Dingen gezeigt. Da war im Reichstage die normale Form der Berathung ganz ausgeschlossen. Jede Majorisirung war da unzulässig, die *amicabilis compositio* zwischen beiden Religionsparteien entschied, und wenn eine der beiden Parteien irgend eine, wenn auch nicht mit der Religion in Verbindung stehende Angelegenheit als Corporationssache erklärte, so trennte sich der Reichstag in das *Corpus Catholicorum* und das *Corpus Evangelicorum*. Bei einer solchen *itio in partes* wurde demnach nach confessionellen Curien abgestimmt, wodurch die an Zahl geringeren evangelischen Stimmen dasselbe Gewicht bekamen wie die katholischen.[45])

[45]) In eigenthümlicher Weise ist diese *itio in partes* nachgebildet worden von Gladstone in seiner *home rule bill* (1886). Ihr zufolge sollte das irische Parlament aus zwei „*orders*" bestehen, deren Bestellung nach verschiedenen Normen zu erfolgen hätte. Beide Abtheilungen sollten gemeinsam berathen und beschliessen, es sei denn, dass irgend eine Frage von einer Abtheilung durch Majorität als Sonderangelegenheit erklärt würde. Dann sollte getrennte Ab-

Digitized by Google

Solche Gegensätze sind aber heute die nationalen. Nationale Parteien können niemals als organische Erscheinungen innerhalb eines Volkes auftreten.[46]) Jenes Fluctuiren und Wechseln, das die rein politischen Parteien auszeichnet, ist bei ihnen gänzlich ausgeschlossen. Der Deutsche von heute kann nicht der Slave von morgen sein und wenn er es ausnahmsweise einmal sein sollte, so verfällt er mit Recht der allgemeinen Verachtung. Gleich den religiösen Parteien sind nationale ein- für allemal fest umgrenzt. Wo nationale Gegensätze in einer Legislatur von erheblicher Bedeutung sind, da wird jede Majorisirung in nationalen Dingen als Brutalisirung empfunden. Die Lehre, dass wie in anderen, so auch in nationalen Fragen Mehrheit zu entscheiden habe, ist nichts anderes als eine in der Politik so häufig vorkommende Deduction aus ungenügend fundirten Prämissen. Es wird nämlich die für das Majoritätsprincip nothwendige innere politische Einheit des gesammten Volkes in einem Punkte vorausgesetzt, in dem sie nicht vorhanden sein kann. Das ist ein Fall des alten, verderblichen Doctrinarismus, der für alle Staaten und alle Parlamente nur eine geheiligte Schablone anerkennen will, er gehört zu den Dogmen jener naturrechtlichen Politik, die unerbittlich Glauben verlangt und den verketzert, der ihren öden Gemeinplätzen Anerkennung versagt. Wir haben ja gesehen, wie der Satz, Mehrheit solle herrschen, hervorging aus der naturrechtlichen Anschauung von der absoluten Gleichheit aller Menschen. Was für das absolut Gleiche gilt, kann aber nicht für das absolut Ungleiche seine Geltung beanspruchen.

In den meisten Staaten mit national gemischter Bevölkerung genügen aber in der grössten Zahl von Fällen Schutzmittel für die Minderheiten in Justiz und Verwaltung, so dass die gesetzgebenden Organe unter den nationalen Gegensätzen

---

stimmung stattfinden, bei der jeder Theil ein Veto haben sollte. Nach 3 Jahren jedoch oder nach einer Auflösung des Parlamentes hätte eine derart abgelehnte Bill wieder eingebracht werden können. Wenn dann die zweite Abtheilung zustimmte, die erste ablehnte, sollte die Majorität des ganzen Hauses entscheiden. Vgl. *Government of Ireland Bill, sect. 9, 23.* (Abgedruckt bei Dicey, *England's case against Home Rule, 3. ed.*, London 1887, p. 295, 304.)

[46]) Treffend ist das Wesen nationaler Parteien gezeichnet von Fischhof, Oesterreich und die Bürgschaften seines Bestandes, 2. Aufl., Wien 1870, S. 76 ff.

Digitized by Google

nicht zu leiden haben. So sehen wir trotz nationaler Mischung der Bevölkerung in der Schweiz und Belgien die Parlamente dieser Staaten in politische, nicht in nationale Parteien getheilt. Ganz anders aber liegen die Dinge in Oesterreich, das eine grössere Zahl von Nationalitäten in sich vereint, als irgend ein civilisirter Staat in Europa und Amerika. Auch in Oesterreich sind gesetzliche und administrative Massregeln getroffen, um jeder Nationalität, namentlich im Gebrauche ihrer Sprache bei den Behörden und in der Schule Schutz zu ertheilen, die aber in der Regel Gegenstand heftigen Kampfes sind. Andere Mittel zur Lösung der nationalen Zwistigkeiten sind da von Politikern oder nationalen Parteien in der Presse oder in Gesetzentwürfen vorgeschlagen worden: Schaffung eines Sprachengesetzes, nationale Abgrenzung der Bezirke oder Kreise in den gemischtsprachigen Ländern, Einsetzung eines Nationalitätengerichtshofes, Errichtung von Behörden des Staates sowohl als der Selbstverwaltungsverbände mit nationalen Sectionen, Einführung nationaler Curien in den Landtagen. Selbst wenn aber alle diese Vorschläge durchgeführt werden könnten, würde noch immer die grosse Frage übrig bleiben, wie im Reichsrathe die Rechte der nationalen Minderheiten zu schützen seien. Eine Verlegung aller national bedeutsamen Fragen in die Landtage könnte nur auf Kosten einer tiefgehenden, den Staat zerrüttenden Revolution vorgenommen werden und würde niemals die Zustimmung der Nationen finden, die im Centralparlamente ihre Rechte in wirksamerer Weise zu vertheidigen hoffen, als in den Landtagen. Darum handelt es sich in Oesterreich um die ausserordentlich schwierige Frage, wie ein Centralparlament, in dem acht Nationalitäten vertreten sind, diesen parlamentarische Sonderrechte ertheilen kann, ohne den Gang der Verhandlungen für immer unmöglich zu machen. Und doch ist hier die Macht der geschichtlichen Verhältnisse weiser als alle politische Klugheit. Wie die Dinge heute liegen, ist die Nationalitätenfrage in Oesterreich in erster Linie eine deutsche Frage geworden. Einer deutschen Minorität und den sich ihr etwa Angliedernden steht seit einer Reihe von Jahren eine slavische Majorität, der sich noch andere Elemente anschliessen, gegenüber. Es haben sich daher unabhängig von aller gesetzlichen Normirung durch die Macht der nationalen und politischen Gegensätze im Reichs-

Digitized by Google

rathe gleichsam ein *Corpus Germanorum* und ein *Corpus Slavorum* gebildet, denen *de iure* aber nicht gleiche Rechte zukommen. Die grossen Kämpfe der letzten Zeit sind der erste Versuch des *Corpus Germanorum* gewesen, sich vor Majorisirung durch das andere Corpus zu schützen. Da es schwerlich gelingen wird, durch entsprechende Aenderung der Landesordnungen oder durch Schaffung ausserparlamentarischer gesetzlicher Institutionen den Kampf im Reichsrathe dauernd und für alle Fälle zu bannen, so läge in der Anerkennung bestimmter der Majorisirung entzogener Rechte des Corpus der Deutschen im Centralparlamente[47]) die einzige Möglichkeit, normale Zustände im Reichsrathe zu garantiren. Der Gegensatz zwischen deutsch und slavisch ist der einzige, der fortwährend an den Existenzbedingungen Oesterreichs rüttelt, alle anderen Gegensätze unter den Nationalitäten sind von verhältnissmässig geringerer Bedeutung. Die Zuerkennung derartiger unentziehbarer Rechte an eine Minorität wäre in der heutigen Staatenwelt durchaus nichts Neues. Ist sie doch in umfassender Weise im deutschen Bundesrathe durchgeführt. Einmal bei Beschlüssen über die Reservatrechte einzelner Staaten, zu deren Abänderung Zustimmung der betreffenden Staaten nothwendig ist, so dass also z. B. die sechs bayerischen oder vier württembergischen Stimmen ein Veto gegen alle übrigen haben; sodann in dem Vetorecht der siebzehn preussischen Stimmen in den Fällen der Artikel 5 und 37 der Reichsverfassung. Die Anerkennung nationaler Sonderrechte liesse sich allerdings viel leichter durchführen, wenn ihre Wahrung dem Herrenhause zufiele, das aber zu diesem Zwecke zum Theil wenigstens als eine Länderkammer gestaltet sein müsste, was doch sogar die am meisten centralistische Verfassung, die Oesterreich zugedacht war, die

[47]) Die formell auch dem anderen Corpus zuerkannt werden müssten, obwohl dies praktisch ohne Belang, da es ja durch die Thatsache geschützt ist, dass es, von momentanen Schwankungen abgesehen, schon heute die Majorität besitzt, die ihm für die Zukunft umso sicherer ist, als weitere Aenderungen der Wahlordnung die Deutschen immer mehr in die Minderheit drängen werden. Den Vertretern der kleineren Nationalitäten müsste es frei stehen, sich von Fall zu Fall dem einen oder anderen Corpus anzuschliessen, zumal nur in den gesetzlich geregelten Fällen, deren Zahl sich durch streitschlichtende Institutionen anderer Art sehr herabsetzen liesse, die Scheidung der zwei grossen nationalen Parteien einzutreten hätte.

Digitized by Google

vom 4. März 1849, beabsichtigt hatte. Ob es gelingen werde, eine derartige Lösung des Kampfes im Reichsrathe zu verwirklichen, ist den Mächten anheimgestellt, welche die Geschichte bewegen. Eine andere Lösung aber wird schwerlich gefunden werden.

Den religiösen und nationalen Parteien würden sich in Zukunft sociale Parteien anschliessen, wenn dereinst der schroffe Gegensatz der besitzenden und nichtbesitzenden Classe in der gesetzgebenden Versammlung eines Staates den scharfen Ausdruck finden sollte, der von den einen gehofft, von den anderen gefürchtet wird. Heute jedoch ist auch in demokratischen Staaten eine derartige parteimässige Theilung des Volkes noch nicht vorhanden, trotz des ununterbrochenen Anwachsens socialistischer Stimmen und Abgeordneter in vielen Staaten.[48]) Selbst die am tiefsten gehende Bewegung dieser Art, die socialdemokratische im Deutschen Reiche, hat keineswegs den Reichstag in eine Vertretung der Besitzenden und Nichtbesitzenden gespalten, vielmehr sind die Socialdemokraten mit gegenwärtig 12% der Gesammtzahl der Abgeordneten nur eine Partei unter vielen. Die Frage ist somit noch keine der gegenwärtigen Politik und kann umsomehr der Zukunft überwiesen werden, als bereits heute Anzeichen dafür vorhanden sind, dass die Socialdemokraten auf die Dauer ihren revolutionären, die vorhandene Staatsordnung gänzlich ignorirenden Charakter nicht beibehalten können, sondern sich in eine radicale Reformpartei verwandeln werden müssen. Der Gegensatz zwischen den einzelnen ökonomischen Interessen hingegen, der ja im deutschen parlamentarischen Leben heute eine so grosse Rolle spielt, lässt sich an Stärke und Bedeutung mit den im Vorhergehenden Erörterten nicht messen. Trotz aller Kämpfe gibt es hier doch eine Reihe von gemeinsamen Angelegenheiten, die, wenn auch nicht immer in der Heftigkeit des öffentlichen Streites zum Bewusstsein gelangend, dennoch die gänzliche Ausbeutung oder Unterdrückung der einen Interessentengruppe zu Gunsten der anderen schliesslich verhindern würde. Zudem wechseln auch diese Gruppen fortwährend. Wenn auch ihr Widerstreit heftiger ist als der rein politischer

[48]) Unter denen Belgien heute den ersten Platz einnimmt, wo von 152 Abgeordneten der zweiten Kammer 29 Socialisten sind.

Digitized by Google

Parteien, so kann er doch niemals die Stärke erreichen, wie der Gegensatz zwischen religiösen und nationalen Gruppen oder jenen beiden socialen Classen. Agrarier und Freihändler können innerhalb derselben politischen Partei Raum finden; das Centrum weist alle möglichen socialpolitischen Schattirungen auf. Zwischen den Parteiprincipien aber des Centrums oder der Socialdemokratie einer- und denen der übrigen Parteien andererseits ist irgend welche Vereinbarung gänzlich ausgeschlossen.

Nun aber ist die Frage zu beantworten, worin das Recht einer der Majorisirung nicht auszusetzenden Minorität bestehen soll. Ueber diese Frage haben zwei hervorragende Männer sich ausgesprochen, ausführlich der amerikanische Staatsmann Calhoun und gelegentlich der englische Rechtshistoriker Sir Henry Sumner Maine. Die Schrift Calhoun's *„A Disquisition on Government"* [49]) ist wohl die originellste Leistung der amerikanischen politischen Literatur. Sie bildet gleichsam die principielle Basis für die bekannte Lehre Calhoun's von dem Rechte der Nullification, das einer überstimmten Staatenminorität gegen Unionsgesetze zustehen soll. Indem Calhoun die dem Mehrheitsprincip zugrunde liegende Theorie von der absoluten Gleichheit der Individuen aufs äusserste bekämpft, will er an Stelle der tyrannischen Entscheidung durch die numerische Majorität diejenige durch die *„concurrent majority"* setzen. Jedes im Volke vorhandene selbständige Element müsse gegen Beschlüsse, die es verletzen, eine Negative, ein Recht des Widerspruchs haben. Nicht auf dem Wege der Majorisirung, die nichts anderes als eine Form der Gewalt ist, sondern auf dem des Compromisses, der allein die einem Verfassungsstaate angemessene Art der Entscheidung darstellt, sollen die allgemein verbindlichen Beschlüsse gefasst werden. Nähere Ausführungen darüber aber, wie dieser umwälzende Gedanke in der Demokratie durchzuführen sei, sind in den ganz abstract gehaltenen Darlegungen Calhoun's nicht zu finden. Maine hingegen in seinem *„Popular Government"* fasst für England die Möglichkeit ins Auge, dass an Stelle der heutigen Parlamentsverfassung die allmächtige

[49]) Abgedruckt in *The Works of John C. Calhoun, ed. by Cralle,* New-York 1863, Vol. I, p. 1—107.

Digitized by Google

Herrschaft eines einzigen, von einem geheimen Wohlfahrtsausschuss geleiteten Convents treten werde. Das einzige Gegenmittel gegen eine derart sich Bahn brechende Tyrannei werde aber in der Obstruction liegen, gegen welche die Führer der Majorität stets Gegenmittel in irgend einer Art Geistesguillotine suchen werden.[50])

Diese Verlängerung oder Verhinderung der parlamentarischen Geschäfte durch Obstruction von Seiten einer Minorität ist dem englischen Parlamente seit langem bekannt.[51]) Berühmt ist die Sitzung des Unterhauses vom 12. März 1771, in der die Minorität dreiundzwanzig Abstimmungen durchsetzte, um die Bestrafung der Drucker der Parlamentsdebatten zu verhindern.[52]) Erst 1881 wurde unter dem Eindrucke der Obstruction der Iren das Institut der Closure, des Schlusses der Debatte im Unterhause eingeführt. Diese irische Obstruction hat bekanntlich anderswo, so namentlich im böhmischen Landtage und im österreichischen Reichsrathe, Nachahmung gefunden, doch mangelt bisher jede sich über das Niveau tagespolitischer Erörterungen erhebende Untersuchung dieses eigenthümlichen Kampfmittels parlamentarischer Minoritäten.

Eine derartige Obstruction kann auf zweierlei Weise geführt werden, durch gesetz- und geschäftsordnungsmässige oder durch gesetz- und geschäftsordnungswidrige Mittel. Die zweite Art ist ein Kampfesmittel der Minorität, das zwar durch den äussersten Nothstand politisch entschuldigt, aber nicht als eine dem Rechte entsprechende Form des Widerstandes erklärt werden kann. Anders aber steht es mit der ersten Art. Deren Berechtigung kann nicht leichthin mit dem Einwande geleugnet werden, dass es staatsrechtlich unzulässig sei, wenn eine Minderheit die ihr zustehenden Rechte missbrauche, um die Majorität in dem ihr gebührenden Beschlussrecht zu hemmen und damit den ganzen Gang der Gesetzgebung lahm zu legen. Alle Normen

---

[50]) p. 126, vgl. auch p. 94, 95.

[51]) Namentlich um die Majorität zu ermüden und dadurch einen Theil von ihr zu veranlassen, sich zu absentiren, wodurch sie selbst vorübergehend in die Minorität gedrängt werden kann.

[52]) May, *A treatise on the Law of Parliament, 10. ed.*, London 1893, p. 323, n. 9.

Digitized by Google

nämlich, welche die Befugnisse der obersten Staatsorgane festsetzen, haben eine doppelte Eigenschaft. Sie statuiren einmal wie alle Rechtssätze Rechte und Pflichten, und zwar stets solche, die im allgemeinen staatlichen Interesse gegeben sind. Sodann aber enthalten sie auch die Zuweisung von Machtmitteln an die betreffenden Organe, die sie in ihrem particularen Interesse verwenden können. Dieser zweite Charakter jener Normen ist rechtlich nicht messbar, er ist politischer, nicht juristischer Art. Was aber der rein formal verfahrende Jurist ignorirt, darf dem Auge des den Staat in der Gesammtheit seiner Beziehungen betrachtenden Politikers nicht entgehen. Der Jurist muss bei seinen Deductionen ausgehen von dem Gedanken des pflichtmässigen Handelns aller Staatsorgane im Gemeininteresse, ein Sonderinteresse eines Staatsorganes, das nicht zugleich Staatsinteresse ist, kann er mit seinen Mitteln nicht messen, ist daher aber auch nicht imstande, ein solches Handeln, so lange es nicht eine specielle Rechtsnorm geradezu übertritt, zu verurtheilen. In der Wirklichkeit des Staatslebens aber findet ein ununterbrochenes Ringen verschiedener Organe um Macht, Ansehen, Einfluss statt, das jener juristischen Idealnorm fortwährend widerspricht. Das Recht der Beamtenernennung, der freien administrativen Entscheidungen und Concessionen u. s. w. gewähren jeder Regierung politische Machtmittel, von denen sie, ohne irgend ein Gesetz zu verletzen, Gebrauch machen kann und stets Gebrauch macht. Ebenso bedeuten die parlamentarischen Rechte, wie vor allem das Budgetrecht, zugleich Machtmittel gegen die Regierung. In jedem constitutionellen Staate steht in den Beziehungen zwischen Regierung und Parlament nicht nur Recht gegen Recht, sondern auch Macht gegen Macht. Dasselbe gilt aber auch innerhalb des Organismus der Regierung von dem Verhältnisse des leitenden Staatsmannes zu der ihm unterstehenden Bureaukratie, die eine Macht ist, mit der selbst ein mit oberster Befehlsgewalt Ausgestatteter zu rechnen hat.

Nicht anders aber ist die Stellung der parlamentarischen Minderheit zur Mehrheit. Ihre geschäftsordnungsmässigen Rechte sind auch Machtmittel. In einem aus fluctuirenden Parteien zusammengesetzten Parlamente, und diese sind ja die Regel, kommt das nicht oft zum Ausdruck, da jede Minderheit die

Digitized by Google

Möglichkeit hat, zur Macht zu gelangen und selbst eine weitgehende augenblickliche Zurückdrängung im Hinblicke auf die Zukunft ertragen kann. Anders aber in Parlamenten mit starren, zu dauernder Minorität verurtheilten Parteien. Wenn da die Majorität nicht Selbstbeschränkung übt und auf die gerechten Ansprüche der Minderheit billige Rücksicht nimmt, wenn sie selbst nur ihr Parteiinteresse rücksichtslos verfolgt, dann geht es nicht an, bei solcher Sachlage der Minorität jene allgemeine ideale Norm entgegenzuhalten und von ihr aus die Verwendung von Rechtsmitteln als Machtmittel zu verurtheilen. Solange nämlich eine formale Uebertretung einer speciellen Rechtsnorm durch Anwendung der der Minorität zustehenden Macht nicht begangen wird, lässt sich der politische Gebrauch rechtlicher Mittel juristisch ebensowenig rügen, wie die entsprechende Handlungsweise der Regierung.

Derartige Obstruction aber, wenn sie nicht nur gelegentlich oder vorübergehend, sondern systematisch geübt werden soll, ist nur ganz ausnahmsweise möglich. Sieht man nämlich auch ab von den Mitteln, die der Majorität zugebote stehen, die Geschäftsordnung schliesslich zu ändern, so ist eine Lahmlegung der Gesetzgebung auf die Dauer doch nur dann durchzuführen, wenn die Wählerschaft mit den Abgeordneten darüber einverstanden ist und dies setzt voraus, dass es sich gegebenen Falles um die Vertheidigung eines alle anderen überragenden Lebensinteresses handelt. Wie jeder, wenn auch mit Anwendung legaler Machtmittel geführte Staatsconflict ist solche Obstruction stets ein Zeichen anomaler, ungesunder politischer Verhältnisse, die, wenn eine schliessliche Unterwerfung der Minorität nicht gelingt, nur durch Compromiss hinsichtlich der strittigen Punkte geändert werden können.

Ein anderes legales Machtmittel der Minorität, das theoretische Erörterung überhaupt nicht gefunden hat, ist die Abstinenz oder Secession. Sie ist namentlich dann von Bedeutung, wenn durch Abwesenheit der Minorität Beschlussunfähigkeit der Kammer eintritt. Da, wo eine grosse Zahl von Mitgliedern anwesend sein muss, damit ein verfassungsändernder Beschluss gefasst werde, kann die Secession einer kleinen Minderheit genügen, um die Aenderung unmöglich zu machen. Aber auch dauernde Secessionen sind, und zwar am häufigsten in Oesterreich, zu

Digitized by Google

verzeichnen. Im Gegensatz zur Obstruction sind sie eine Form des passiven Widerstandes. Sie verhindern nicht, sofern nur Beschlussfähigkeit der Kammer möglich ist, das Zustandekommen legislatorischer Beschlüsse, aber sie schwächen deren moralisches Ansehen, was zwar nicht rechtlich, wohl aber politisch von grosser Bedeutung werden kann.

Ueberblickt man aber die legalen und illegalen, die Rechts- und Machtmittel, die einer Minderheit zugebote stehen und frägt sodann nach neuen Rechten, die ihr gewährt werden können, so ergibt sich, dass es unmöglich ist, einer Minorität das Recht zuzugestehen, etwas positiv zu schaffen. Es wäre die verkehrte Welt, wollte man innerhalb einer Kammer oder einer Volksgemeinde das Votum der Minderheit höher werthen als der Mehrheit. Wohl aber kann sie sich und die ihrem Interesse dienenden objectiven Institutionen dadurch schützen, dass ihr die Macht gegeben ist, zu verhindern. Das Veto ist unter allen Umständen die einzige starke Waffe, die einer Minderheit in die Hand gedrückt werden kann; auch durch offene Auflehnung kann sie nur negative Wirkungen erzielen. Selbst da, wo nicht Parlaments-, sondern Monarchenwille die höchste und letzte Entscheidung im Staate hat, kann dieser Wille an den Mehrheitsbeschlüssen der Kammer nichts ändern, selbst er kann nicht schaffen, sondern nur hindern. Da aber mit jedem Rechte Macht verbunden ist, so kann ein solches Vetorecht auch als Mittel benützt werden, um von der Majorität positive Concessionen zu erlangen.

Die Minoritäten, denen derartige Rechte gegeben werden können, sind aber entweder rein ziffernmässig bestimmt, wie bei Verfassungsänderungen, oder ruhen auf einem dauernden, sie innerlich verbindenden Interesse, wie bei confessionellen oder nationalen Curien, so dass man unorganisirte und organisirte Minderheiten unterscheiden kann. Alles Nähere kann nur den concreten Verhältnissen des Einzelstaates angepasst sein. Wie gross und wie beschaffen die Minorität sein muss, um ein Vetorecht zu erhalten, in welchen Fällen und unter welchen Bedingungen sie es ausüben kann, das ist stets Sache individualisirter Erwägung und Entscheidung. Die hat aber stets auch die Bedürfnisse der Gesammtheit sorgfältig mit in Betracht zu ziehen, damit nicht jenes Vetorecht missbraucht werde, um

Digitized by Google

eine gedeihliche Fortentwicklung aller staatlichen Verhältnisse zu hindern. Denn darin liegt die grosse Schwierigkeit aller Probleme der praktischen Politik, dass mit jedem Recht, das gewährt wird, auch gegen dessen möglichen Missbrauch Vorsorge getroffen werden muss.

IV.

Noch viel bedeutsamer als für die Gegenwart, und zwar nach allen Richtungen hin, nicht etwa nur für gesetzgebende Versammlungen, wird die Frage nach dem Rechte der Minoritäten einer fernen Zukunft erscheinen. Die moderne Gesellschaft befindet sich in einem immer weiter vorwärts schreitenden Process der Demokratisirung. Mag man nun diese Entwicklung mit Freude begrüssen oder fürchten, keine Macht der Welt ist imstande, diesen geschichtlichen Naturprocess dauernd zu hemmen. Hier schneller, dort in zögernder Weise gehen die Culturnationen der allgemeinen Nivellirung entgegen. Was die Geologen von den Bergen behaupten, dass sie im Laufe der Zeit zerbröckeln und ihre Höhen in die Niederungen sinken werden, das gilt auch für die Gesellschaft. Ferner breitet sich in der modernen Gesellschaft von der Wissenschaft vertreten und von den herrschenden Mächten mit sorgloser Bereitwilligkeit acceptirt eine zweite Tendenz immer mehr aus: die durch staatlichen Zwang zu garantirende collectivistische, auf dem Gedanken der möglichsten Solidarität der Einzelnen aufgebaute Richtung in der Gestaltung der menschlichen Verhältnisse. Immer grösser wird der Antheil bemessen, den das Individuum von seiner Selbständigkeit der Gesammtheit zwangsweise zum Opfer bringen soll, und als rückständig gilt derjenige, welcher der Gesammtheit ein Halt für dieses Bestreben im Namen und zur Vertheidigung des Rechtes des Individuums zuzurufen wagt.

Je weiter aber die Demokratisirung der Gesellschaft vorwärts schreitet, desto mehr dehnt sich auch die Herrschaft des Majoritätsprincips aus. Je mehr das Individuum durch den Gedanken der menschlichen Solidarität zurückgedrängt wird, desto weniger Schranken erkennt der herrschende Wille gegenüber dem Einzelnen an.

Digitized by Google

Das eröffnet aber die Aussicht in eine furchtbare Gefahr, die der gesammten Civilisation droht. Nichts kann rücksichtsloser, grausamer, den primitivsten Rechten des Individuums abholder, das Grosse und Wahre mehr hassend und verachtend sein, als eine demokratische Mehrheit. Das ist nicht etwa ein Lehrsatz, welcher einer der Umbildung der Gesellschaftsordnung feindlichen Gesinnung entsprungen, vielmehr von Vorkämpfern der modernen politischen Entwicklung anerkannt und häufig mit beredten Worten geschildert worden ist. Nur ein der Wirklichkeit gänzlich abgewendeter Mensch kann heute noch den Traum von der Güte und Wahrheitsliebe der Massen träumen. Es müsste auch mit wunderlichen Dingen zugehen, wenn die guten und edlen Eigenschaften des Menschen, die wir ja beim Individuum so selten finden, der Masse in grossem Umfange zukommen sollten. Nun hat zu allen Zeiten jeder neue grosse Gedanke, jede Idee, die später die Welt bewegt hat, sich mühsam und gefahrvoll Bahn brechen müssen gegen den Widerstand der herrschenden Gewalten. Dieser Widerstand ist aber hundertfaltig grösser als anderswo in der demokratischen Gesellschaft. In ihr herrscht nämlich mit viel grösserer Gewalt noch als der von der Mehrheit geleitete Staat schrankenlos und unwiderstehlich die öffentliche Meinung, die wiederum nichts anderes ist als die Mehrheit, sociale Macht neben der politischen übend. Was Tocqueville, der doch ein Vorkämpfer demokratischer Ideen war, vor mehr als sechzig Jahren gelehrt hat, dass in der Demokratie die öffentliche Meinung jede ihr widerstreitende Ansicht schonungslos ersticke, dass viel grösserer Muth dazu gehöre, der *vox populi* zu widersprechen, als dem Gebote des Fürsten[58]), das hat die neueste Geschichte der Demokratie oft genug bestätigt. Ich bin allerdings lange nicht so pessimistisch wie jener berühmte Wortführer des Liberalismus, der befürchtete, mit dem definitiven Siege der Demokratie und der mit ihr zur unbeschränkten Herrschaft gelangenden öffentlichen Meinung

[58]) *De la démocratie en Amérique*, l. II, ch. VII: Am schärfsten zeichnet er in diesem den Gefahren der unumschränkten Mehrheitsherrschaft gewidmeten Capitel den geistigen Druck, den die Majorität ausübt. Nicht anders aber schildert heute Bryce den Einfluss der durch die Mehrheit gebildeten öffentlichen Meinung; vgl. namentlich a. a. O. II, ch. LXXXIV, *The fatalism of the multitude* und das folgende: *The tyranny of the majority.*

Digitized by Google

müsse ein Volk chinesischer Erstarrung entgegen gehen[54]), weil jeder Fortschritt schliesslich von der Trägheit der Massen, durch den ungeheuren Druck, den sie ausüben, werde niedergehalten werden. Aber die Gefahr für die freie Entwicklung der Individualität und der Minoritäten, die ja, wie wir sahen, eng miteinander verbunden sind, ist dennoch gross genug und erscheint umso grösser, wenn man bedenkt, dass aller Fortschritt in der Geschichte seinem Ursprunge nach das Werk von Minoritäten gewesen ist. Doch sind bereits Anzeichen dafür vorhanden, dass in vielen besseren Naturen im Gegensatz zu den herrschenden Strömungen sich etwas regt, das ich als trotziges Minoritätsgefühl bezeichnen möchte. Jene neuen Lehren vom Uebermenschen und der Herrenmoral bis in die Verirrungen der anarchistischen Theorien hinein sind nur aus einer Zeit heraus zu verstehen, die bestrebt ist, das schonungslose Recht der Mehrheit zu proclamiren. In all diesen Lehren ruht als wichtiger Kern der Gedanke, dass Anerkennung einer staats- und gesellschaftsfreien Sphäre des Individuums, innerhalb deren es keinem Mehrheitswillen sich zu unterwerfen hat, ein socioles Interesse ersten Ranges ist. Collectivismus und Individualismus sind keine ausschliessenden Gegensätze, wenn man erkannt hat, dass das Collectivum durch völlige zwangsweise Unterwerfung des Individuums unter die Gesammtheit in der Erreichung höherer Ziele für immer gehemmt ist. Die schöpferischen socialen Thaten sind stets freie Thaten des Individuums gewesen, während der gesellschaftliche Zwang, in welcher Form immer geübt, nur regulirend, niemals schaffend wirken kann.

Mit dieser Erkenntniss aber ist der Zukunft eine gewaltige Aufgabe gestellt. Der ewige Kampf zwischen Imperium und Libertas wird auch in der demokratischen Gesellschaft der kommenden Jahrhunderte gekämpft werden. Die Dämme, welche

---

[54]) *The modern regime of public opinion is, in an unorganized form, what the Chinese educational and political system are in an organized, and unless individuality shall be able successfully to assert itself against this yoke, Europe notwithstanding its noble antecendents and its professed Christianity will tend to become an other China. J. St. Mill, On liberty. People ed. p. 42.*

Digitized by Google

heute einem übermächtigen Majoritätswillen noch entgegenstehen, werden vielleicht niedergerissen werden. Dann wird aber eine grosse Krise für die civilisirte Menschheit gekommen sein. Wie sie gelöst werden wird, darüber kann, wie über alle Zukunft, kein Wissen, sondern nur ein Glauben entscheiden. Hoffen und glauben wir, dass die Gesellschaft schliesslich das finden und verwirklichen werde, was allein imstande ist, sie vor öder geistiger und sittlicher Verflachung und Versumpfung zu bewahren:

Die Anerkennung von Rechten der Minoritäten.

Digitized by Google

Literatur.

26. Grundriss zu Vorlesungen über Finanzwissenschaft.

Von Dr. Adolf Wagner, Professor der Staatswissenschaften an der Berliner Universität. Berlin 1898, Puttkammer & Mühlbrecht. (II u. 144 S.)

Die Veröffentlichung eines Grundrisses für Universitätsvorträge setzt seitens des Verfassers die Ueberwindung mancherlei Bedenken voraus. Der Leser und wohl auch der Beurtheiler eines Grundrisses ist nur allzu leicht geneigt, zu übersehen, dass ein Werk dieser Art nur ein Hilfsmittel ist, welches dem Vortragenden zeitraubende Dictate ersparen, die Hörer — zumal bei Literaturangaben und Hinweisen auf Gesetze — vor Missverständnissen und Ungenauigkeiten der Reception bewahren, denselben auch die wünschenswerthe Uebersicht über das ganze System der darzustellenden Disciplin bieten soll, indess den mündlichen Vortrag zu ersetzen, keineswegs die Aufgabe hat. Ein Grundriss bietet somit — schon seiner Natur nach — nicht eine abgerundete Darstellung derjenigen Disciplin, welche er behandelt; der Leser verlangt von einem Buche aber gerade eine solche. Dass Prof. A. Wagner sich trotz dieses Bedenkens zur Publication eines Grundrisses der Finanzwissenschaft entschlossen hat, muss deshalb als ein seinen Hörern, und nicht nur diesen, gebrachtes Opfer betrachtet werden, das indess sicherlich allseitig die dankbarste Aufnahme finden wird.

Wagner's Publicationen zur Finanzwissenschaft haben sich einen weiten Kreis von Lesern und Verehrern erworben. Sie zählen mit Recht zu den allerhervorragendsten Leistungen der Gegenwart auf dem Gebiete der Finanzliteratur. Nur die Uebersichtlichkeit der gross angelegten Darstellung wird vielfach vermisst. Der Umstand, dass Wagner seine finanzwissenschaftlichen Forschungen gleichsam nur bruchstückweise und zerstreut in verschiedenen Werken und Zeitschriften publicirt hat und selbst in seinem Hauptwerke, in welchem er die Finanzwissenschaft im engern Verstande des Wortes mit umfassenden Darstellungen der Finanzgeschichte und des Finanz-

Digitized by Google

rechtes verbindet, bisher noch kein völlig abgeschlossenes Ganzes bietet, hat das Studium seiner Finanzschriften nicht nur für den Anfänger, sondern auch für Fortgeschrittenere nicht unwesentlich erschwert. Der eben publicirte Grundriss soll diesem Uebelstande abhelfen und erfüllt diesen Zweck in der That in vortrefflicher Weise. Einerseits bietet er unter fortwährendem Hinweise auf die sämmtlichen finanzwissenschaftlichen Publicationen des Autors eine abgeschlossene Systematik und andererseits ergänzt er in gewissem Sinne auch die Lücken der bisherigen finanzwissenschaftlichen Publicationen des Autors, indem derselbe die in dem Hauptwerke bisher noch nicht behandelten Lehren über die directen Steuern, insbesondere über die Verbrauchssteuern, die Zölle, auch über die Verkehrssteuern, in den betreffenden Abschnitten des Grundrisses verhältnissmässig ausführlich behandelt. Der Verfasser bietet uns solcherart einerseits eine knappe, wohlgeordnete Zusammenfassung seiner gesammten finanzwissenschaftlichen Studien und anderseits eine, wenn auch knapp gehaltene, Ergänzung derselben. Der Grundriss wird solcherart nicht nur den Schülern Wagner's, sondern den zahlreichen Lesern und Verehrern seiner finanzwissenschaftlichen Schriften überhaupt in hohem Masse erwünscht sein. Dass Wagner der Darstellung des österreichischen Finanzrechts und der österreichischen Finanzgeschichte in seinen Schriften und so auch in seiner neuesten Publication eine besondere Aufmerksamkeit zuwendet und das kleine Werk somit auch speciell für den österreichischen Leserkreis von besonderem Interesse ist, verdient hier noch hervorgehoben zu werden.

C. Menger.

---

27. Die rechtliche Natur der Uebereignungsart

durch Tradition im römischen Recht.

Von Dr. Marcell Chlamtacz. Leipzig, Franz Wagner. 1897. IX, 205 S. 8°. Mk. 5.—.

Das Dogma des dinglichen Vertrages, welcher sich in der *traditio* zwecks Uebereignung einer Sache verkörpert, ist heute so tief gewurzelt, dass es in das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich Eingang gefunden hat. An Gegnern freilich hat es von Anfang an nicht gefehlt, namentlich wenn man die Frage auf das rein römische Recht beschränkt, und insoweit schliesst sich auch Verf. den Widersachern an. Nach seiner Construction, welche nach seiner eigenen Angabe der von Perozzi *(Della tradizione,* 1886) sehr nahe steht, ist der Uebereignungsact durch Sachübergabe ein zusammengesetzter Act, als dessen Elemente der Uebereignungswille des Tradenten und der Besitzerwerb des Empfängers zu betrachten seien. Diese Auffassung schliesst natürlich den Gedanken an den dinglichen Vertrag aus.

Die Bekämpfung der Lehre von der Vertragsnatur der Tradition einerseits und die Begründung seiner eigenen Ansicht andererseits hat

Digitized by Google

nun Verf. im ersten, acht Paragraphen umfassenden Capitel vereinigt. Er betont zuvörderst mit vollem Rechte, dass in den Quellen die *traditio* nirgends ausdrücklich als Vertrag hingestellt wird, dass niemals die *Termini pactum* und *contractus* mit directem Bezug auf sie gebraucht werden. Es kann sich also, fährt er fort, nur fragen, ob die *traditio* im römischen Rechte nach den Regeln und der Art der obligatorischen Verträge behandelt wird. Nun hat man sich dafür auf eine ganze Anzahl von Zeugnissen berufen, aber Verf. hält kein einziges für unbedingt beweisend; er gibt nur soviel zu, dass sie in ihrer Mehrzahl sich ebenso gut für wie gegen die behauptete Vertragsnatur der Tradition verwenden lassen. Er greift deshalb einige Belegstellen heraus, um sie zugunsten seiner Meinung auszulegen. Wir folgen ihm zunächst auf diesem Wege. In Dig. 39, 5, 10 sagt Paulus: *sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum ejus, cui donabatur, missa fuerit, nisi ea mente servo ejus data fuerit, ut statim ejus fiat.* „In dem Schlusssatze, sagt nun Verf. S. 26, wird der Erwerb zugunsten des Gewalthabers einzig und allein auf den Willen des Tradenten gestützt, und auf die Willensrichtung des Sclaven kommt es überhaupt nicht an.“ Aber unmittelbar darauf schreibt er: „Mag der Sclave für sich oder für den Herrn die Sache erwerben wollen, jedenfalls erwirbt er, da es feststeht, dass der Tradent ihm die Sache factisch zuwenden wollte, kraft Rechtsnothwendigkeit dem Gewalthaber.“ Also kommt es zwar nicht auf die Willensrichtung des Sclaven an, d. h. es ist gleichgiltig, ob er für seinen Herrn oder für sich erwerben will; wohl aber muss der Wille, überhaupt zu erwerben, vorhanden sein. Dieser Wille wird nach Massgabe der Stelle vom Rechte, das den Sclaven als Erwerbsinstrument seines Herrn anerkennt, nicht nur respectirt, sondern geradezu zur Wirksamkeit der Tradition verlangt. Fehlt es an diesem Willen des Sclaven, so gilt der vorhergehende Bescheid: *donatae rei dominus non fit*, nämlich der Herr des Sclaven. Ich sehe also nicht, wie nach dieser Stelle der Uebereignungswille des Tradenten allein ausreichend sein soll.

Die zweite Stelle, welche die Vertreter der Vertragsnatur für sich geltend machen, ist Dig. 44, 7, 55. Ihr spricht Verf. jede Bedeutung für die Traditionslehre ab; sie gehöre in das Gebiet der obligatorischen Verträge. Aber ihre Beziehung zur Tradition lässt sich meines Erachtens nicht verkennen; sie beginnt mit den Worten: „*in omnibus rebus quae dominium transferunt*“, und auch der Schluss: „*perduci ad effectum id quod inchoatur non potest*“ weist auf den Eigenthumserwerb als Endzweck deutlich hin. Verf. denkt überdies an Interpolationen. Dafür liegen einige Anhaltspunkte zweifellos vor: die Phrase *perduci ad effectum* und vielleicht auch der *affectus contrahentium*. Zudem sind die Anfangsworte so ungenau und unklar, dass man versucht ist, sie dem Javolen abzusprechen. Aber wie dem auch sei, die Stelle bleibt doch immer für das justinianische

Digitized by Google

Recht übrig, und ihr Sinn, der ja der Interpretation Schwierigkeiten gemacht hat, namentlich wegen der Erwähnung der *conductio*, ist doch auch für das classische Recht fassbar. *In omnibus rebus*, dazu ergänzt Pernice aus dem Folgenden mit Recht: *contractis;* diese *res (contracta)* wird in dem Satze: *nam sive ea* eben mit dem Worte: *ea*, an dem Verf. ohne Grund Anstoss nimmt, wieder aufgenommen. Der Contract im Verhältniss zum Eigenthumserwerb durch Tradition, welch letzteren man, wie bereits gesagt, supponiren muss, bildet im Normalfalle die *causa traditionis*, und darum liegt eben in dieser *causa* der Schwerpunkt der Stelle. Soll der „Effect" des Eigenthumserwerbes erreicht werden, so müssen die Parteien, um uns jetzt nur an die Stelle zu halten, in der *causa* einig sein: *nisi animus utriusque consentit.* Wie weit diese Einigung der Parteien in der *causa* nach Ansicht Javolen's oder der Compilatoren gehen soll, lässt sich schwerlich feststellen. Javolen insbesondere kann meinen: beide Parteien müssen in dem speciellen Contracte, also z. B. in der *venditio*, übereinstimmen; er kann aber auch eine derartige generelle *causa* im Sinne haben, dass sie überhaupt zum Eigenthumserwerb begrifflich oder bestimmungsgemäss führt. Letzterenfalls denkt z. B. *A* an Kauf, *B* an Schenkung, so dass beide sich im speciellen Contracte irren, aber beide doch einen solchen Vertrag voraussetzen, der nothwendig die Absicht der Uebereignung in sich schliesst. Nimmt man dagegen an, dass sich *A* eine *venditio* oder *donatio*, *B* eine *conductio* vorstellt, worauf die Stelle anzuspielen scheint, so besteht zweifellos in der *causa* Dissens, so zwar, dass eine *causa traditionis* überhaupt nicht vorhanden ist; denn die eine führt auf dem Wege der Tradition zum Eigenthumserwerb, die andere, nämlich die *conductio*, nicht. Es fehlt also objectiv an einer *causa traditionis* oder *dominii transferendi.* So aufgefasst, gehört die Stelle doch, entgegen der Ansicht des Verf., zur Traditionslehre; da sie aber die *causa* betrifft, mit der wir uns nachher noch beschäftigen müssen, bleibt sie hier ausser Acht.

Soviel über die Argumente, die Chlamtacz für seine eigene Ansicht anführt, soweit sie sich auf Zeugnisse gründen, welche von der Gegnerseite für die Vertragsnatur der Tradition in Anspruch genommen werden. Sehen wir nun zu, wie Verf. diese Lehre im einzelnen widerlegt. Einen guten Grund gegen sie bringt der §. 3 mit der Ueberschrift: Die Zulässigkeit der Tradition zu Eigenthum an einen Stellvertreter und der Satz: *„per liberam personam adquiri non potest"*. Dass durch eine nichtgewaltunterworfene Person, und zwar nach classischem Rechte nur durch den *procurator*, nach justinianischem durch jede *libera persona* (s. Kniep, *Vacua possessio*, I, S. 210 ff.) Besitz für einen Dritten erworben werden kann, steht fest. Erwirbt nun aber der *procurator* mit dem Besitze auch zugleich das Eigenthum für den Vertretenen, wenn die *causa* auf Eigenthumserwerb gerichtet ist? Hierüber besteht, wie Verf. in sehr einleuchtender Weise darlegt, in den Quellen eine Antinomie. Paulus, Dig. 3, 5, 23 (24) leugnet es; Ulpian, Dig. 41, 1, 20, 2 und Diocletian, Cod. Just. 7,

Digitized by Google

32, 8, bejahen die Frage. Aber die letzteren beiden Stellen lassen doch deutlich erkennen, dass sich der Eigenthumserwerb für den Vertretenen nicht wegen des darauf gerichteten Willens des Procurators vollzieht, sondern lediglich als Consequenz des Besitzerwerbes, d. h. kraft Rechtsnothwendigkeit. Formell also, sagt Verf. treffend, wird der Satz: *„per liberam personam (procuratorem) . . .“* nicht durchbrochen; das zeigt übrigens auch die vom Verf. nicht herangezogene Constitution desselben Diocletian, Cod. Just. 4, 27, 1, nach ihren Anfangs- und Schlussworten, mag der Kaiser den Eigenthumserwerb mittels *traditio* an den *procurator* in dieser Verordnung ausschliessen oder nicht. Weil nun der Wille des Procurators, für den Geschäftsherrn Eigenthum zu erwerben, als solcher wirkungs- und bedeutungslos ist, der Eigenthums- (nicht natürlich der Besitz-) Erwerb sich vielmehr unabhängig davon vollzieht, darum schliesst Verf. mit Recht, dass die Römer, die classischen Juristen sowohl wie Justinian, die *traditio* nicht als dinglichen Uebereignungsvertrag angesehen haben. Man kann sich diesem Ergebnisse schwerlich dadurch entziehen, dass man auf die Besonderheit des Falles sich versteift; denn der Eigenthumsübergang knüpft sich doch nun einmal an die Tradition an, und sie ist das materiell Wirkende. Auch hierin stimme ich dem Verf. bei.

Ebenso spricht auch gegen die Vertragsnatur der *traditio*, was Chlamtacz im §. 4 anführt. Soll die materielle Tradition, was die Anhänger jener Lehre behaupten, die Form des dinglichen Uebereignungsvertrages sein, und wird die Sache dem Boten des Erwerbers, welcher (der Bote) zudem von der *causa* gar nichts zu wissen braucht, übergeben, so erklärt der Bote einmal nicht den *animus dominii accipiendi* des Herrn gegenüber dem Tradenten, wozu er ohnehin nicht befugt wäre, und sodann läge der Annahmewille des Herrn vor der Tradition, also ausserhalb derselben. Mithin kann die Tradition nicht die „Form“ des dinglichen Vertrages sein, da sie die Willenserklärung des Erwerbers nicht in sich schliesst, was sie sonst müsste.

Im §. 5 erörtert Verf. zwei Fragmente (Dig. 39, 5, 13 und 41, 1, 37, 6), über welche auch nach seiner Ansicht eine Einigung nicht leicht erzielt werden wird. Ich gehe deshalb auf seine Ausführungen nicht ein, bemerke aber doch, dass Dig. 39, 5, 13 der Auffassung der Tradition als eines dinglichen Vertrages auch nach meiner Meinung im Wege steht.

Der §. 6: „Irrthum in der Person bei dem Uebereignungsacte durch Tradition“ polemisirt namentlich gegen Exner, der ja einer der Hauptvertreter der Lehre vom dinglichen Vertrage ist; auch hier stelle ich mich an die Seite des Verf. Nur vermag ich nicht einzusehen, wie die Celsinische L. 32, D. 12, 1 einen Irrthum in der Person des Tradenten voraussetze; denn der Irrthum betrifft doch nur das obligatorische Verhältniss zwischen Darlehngeber und Darlehnempfänger. Bei der *traditio* dagegen waltet kein Irrthum ob; der Stipulant erhält das Geld aus der Hand desjenigen, der es ihm versprochen hat, und er wird Eigenthümer, weil und sofern es der Promittent

Digitized by Google

war. Endlich betont Verf. im §. 7 mit Recht, dass es unmöglich ist, auf der Grundlage der *traditio in incertam personam* einen Vertrag zu construiren.

Nach allem halte ich dafür, dass sich die Mühe, die sich Chlamtacz gegeben hat, die Lehre von der Vertragsnatur der Tradition zu Eigenthum im einzelnen zu widerlegen, vollauf gelohnt hat. Allerdings sind ja fast alle der vom Verf. hervorgehobenen Momente, die gegen die Vertragsnatur sprechen, auch von den Gegnern beachtet worden. Aber wie haben sie es fertig gebracht, die Hindernisse zu beseitigen? Sie haben sie nicht beseitigt, sondern einfach Ausnahmen constatirt, Sonderregeln, die für den dinglichen, nicht aber für den obligatorischen Vertrag gelten sollen (Verf., S. 86). Natürlich fehlt es nicht an Gründen, welche die Ausnahmen als solche rechtfertigten; sie lauten für die einzelnen Fälle verschieden, und für jeden insbesondere gehen die Erklärungsversuche wiederum auseinander. Der gemeinsame Treffpunkt aber ist der, dass man sich auf den Satz zurückzieht: der dingliche Vertrag habe stets seine eigene Art gehabt und sei daher mit dem obligatorischen nicht überall zu vergleichen. Das ist an sich nichts Unnatürliches; Besonderheiten wären denkbar und annehmbar. Aber die Grundlage des Vertrages, der Consens der Parteien, müsste unbedingt auch für den dinglichen Vertrag feststehen, nicht anders, wie auch für den familienrechtlichen Vertrag, und eben von dieser lösen sich jene Ausnahmen, wie Verf. darlegen wollte und dargelegt hat. Dadurch wird man zu dem Urtheile gedrängt, das er auf S. 87 ausspricht, dass nämlich alle Schwierigkeiten mit einem Schlage verschwinden, sobald man sich entschliesst, das Dogma von der Vertragsnatur der Tradition, wenigstens für das rein römische Recht, ganz aufzugeben.

Mit Vorstehendem hat Verf. den ersten, negativen Theil seiner Aufgabe zur Zufriedenheit gelöst; wir kommen nun auf die von ihm vorgeschlagene Construction des Traditionsactes, die wir schon oben streifen mussten, zurück. Wir erinnern uns, dass seine These lautete: die *traditio* zu Eigenthum setze voraus auf Seiten des Tradenten den Uebereignungswillen, auf Seiten des Empfängers den Besitzerwerb. Nicht erfordert werde vom Empfänger der *animus dominii accipiendi*, den die Anhänger der Lehre von der Vertragsnatur der Tradition zur Construction des Vertrages benöthigten, der aber von ihnen nur hinzugedacht oder fingirt werde. In der That wird dieser *animus dominii accipiendi* in den Quellen nirgends ausdrücklich erwähnt, worauf Verf. mit Recht aufmerksam macht; auch lässt sich nicht in Abrede stellen, dass die im §. 2 gegebene Uebersicht von Zeugnissen beweist, dass es bei der Tradition zu Eigenthum wesentlich auf den Uebereignungswillen des Tradenten ankommt. Insoweit befindet sich Verf. in einer günstigen Position. Aber hören wir ihn nur weiter! Der Uebereignungswille des Tradenten brauche nicht bei der Tradition selbst erklärt zu werden; er könne vor derselben liegen, nämlich in der Causalgeschäftserklärung. Nothwendig sei nur,

Digitized by Google

dass er im Momente der Tradition noch bestehe; er habe also einen zuständlichen Charakter. Uebereignungswille des Tradenten und Causalgeschäft gehören aber nach dem Verf. zusammen; der Erwerber dagegen sehe von der *causa* ganz ab, da er nur den Besitzerwerb wolle. So erkläre es sich, dass die Tradition wirksam sein könne, auch wenn die Parteien in der *causa* nicht einig seien. In manchen Fällen freilich könne von der Einigung hierüber nicht abgesehen werden; wir lassen über diesen Punkt am besten den Verf. selbst (S. 148) reden. „Die Einigung der Parteien über die *causa traditionis* ist insofern für die Beurtheilung der Wirkung der Uebergabe von Bedeutung, inwiefern wegen der nicht erreichten Einigung über die *causa* die Existenz des Uebereignungswillens (nicht aber auch des Empfangswillens) in einem concreten Falle nicht angenommen werden kann. Zweifelsohne ist der Bestimmungsgrund der Uebergabe eine psychologische Nothwendigkeit — wenn also dieser Bestimmungsgrund nur nach stattgefundener Einigung kraft der Lebens- und Verkehrsanschauung als existent erachtet werden kann und die Grundlage für den Uebereignungswillen bietet, so ist selbstverständlich, dass dann, aber auch nur dann, der Mangel an der Einigung über die *causa* den Mangel des Bestimmungsgrundes auf Seiten des Tradenten herbeiführt, folglich auch die objective Existenz des Uebereignungswillens ausschliesst."

Zum Verständniss dieser Sätze ist es nöthig, auf die *causa traditionis*, der auch Verf. ein eigenes Capitel widmet, näher einzugehen. Da ich mit dem Verf. nicht ganz übereinstimme, will ich meine eigene Ansicht in Verbindung mit der Besprechung und gegebenenfalls mit der Bekämpfung der Meinung des Verf. zur Geltung bringen.

Chlamtacz schickt voraus, dass nach den Quellen für die *traditio* eine *causa* erfordert wird. Daran ist unbedingt festzuhalten; eine abstracte *traditio* gibt es nicht. Fraglich nur, was die Römer unter der *causa* verstehen, und es ist sogleich zu bemerken, dass man nach den Quellen auf den Gedanken geführt wird, dass die römischen Juristen sich selbst über die *causa* nicht recht klar, sicher aber untereinander uneins waren.

Als Normalfall dürfen wir annehmen, dass der *traditio* ein Vertrag zugrunde liegt, welcher seiner Natur nach zum Eigenthumserwerb führt, und dass die Parteien bewusst und im Hinblick auf ihn die *traditio* vollziehen. Nun kommen aber die anomalen Fälle hinzu, in denen man die grössten Schwierigkeiten gefunden hat. Zunächst der Dissens über die *causa*, von dem Verf. im §. 10 handelt. Hier stehen sich bekanntlich Julian und Ulpian (Dig. 41, 1, 36 und 12, 1, 18 pr.) gegenüber. Die offenbare Antinomie ist oft besprochen; Verf. legt die Stellen im ganzen richtig aus, setzt auch die Gründe, die für Julian's und gegen Ulpian's Entscheidung in Frage kommen, treffend auseinander. Nur was die *causa* angeht, stimme ich ihm nicht bei. Es kommt hier nur Julian's

Digitized by Google

Stelle in Frage, die wir doch wohl im Urtext vor uns haben, wofür auch Verf. eintritt; wenigstens sehe ich kein äusseres Indicium für eine Interpolation, und mit blos inneren Gründen wird man eine solche heute kaum noch vertheidigen wollen. Verf. gibt nun Julian's Ansicht dahin an, dass der Mangel der *causa* an der Thatsache des Besitzerwerbes nichts zu ändern vermöge, dass der Besitzerwerb von der *causa* unabhängig sei (S. 94, 95). Ja, wo bleibt da das oben festgestellte Erforderniss der *causa*, von dem wir doch nicht absehen dürfen? Wir müssen daher bei Julian nicht den Mangel der *causa*, sondern umgekehrt ihr Dasein als etwas Gegebenes voraussetzen und uns Mühe geben, sie herauszufinden. Natürlich werden wir sie im materiellen Rechtsgeschäft, um dessentwillen die *traditio* geschieht, suchen müssen; aber wir ersehen aus Julian's Beispielen sofort, dass ein giltiges Rechtsgeschäft, in dem die Parteien übereinstimmen, nicht vorzuliegen braucht, ohne dass es darum doch an der *causa* fehlte. Der Tradent will schenken, der Empfänger nimmt die Sache als Darlehen. Es interessirt uns hier gar nicht, ob Schenkung oder Darlehen oder ob überhaupt kein Geschäft zustande kommt; es fragt sich nur: worin liegt die *causa* für den Eigenthumsübergang, den Julian unzweifelhaft annimmt? Ich meine: in dem Umstande, dass beide Parteien der irrthümlichen Ansicht sind, es sei für die Tradition ein Rechtsgeschäft bestimmend, welches begrifflich zum Eigenthumserwerb führe, und in dem sie beide einig seien. Ein solches Rechtsgeschäft, in dem der Uebereignungszweck liegt, ist sowohl die *donatio* als auch das *mutuum*. In dieser Grundlage der Tradition sind die Parteien einig, und darum ist sie *efficax* und führt zum Besitz- und damit zum Eigenthumserwerb auf Seiten des Empfängers. Man spricht hier von der subjectiven *causa*. Das Wesentliche ist, dass die Parteien sich in dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte einig wähnen. Man sollte daher lieber von der subjectiven, d. h. irrthümlichen Einigung sprechen, während die *causa* selbst als objective gelten muss; denn das Recht nimmt sie als objectiv vorliegend an, da es ein giltiges Rechtsgeschäft für sie nicht verlangt. Auch das andere Beispiel Julian's ist aus dem angegebenen Gesichtspunkte zu beurtheilen. Ein Grundstück wird tradirt; der Tradent glaubt sich aus einem Testamente verpflichtet, der Empfänger dagegen hält ihn für verpflichtet aus einer Stipulation. Julian entscheidet, die Tradition sei unter allen Umständen wirksam. Es ist ganz gleichgiltig, ob die Verpflichtung in Wahrheit auf dem Testament oder auf der Stipulation beruht, oder ob überhaupt keine Verpflichtung besteht, beide Theile sie vielmehr nur irrthümlich und obendrein noch aus verschiedenen Gründen an nehmen. Es ist auch gleichgiltig, ob die vorausgesetzte testamentarische Verpflichtung aus einem *legatum per vindicationem* oder *per damnationem* hervorgehe. Das alles sind Dinge, die für die Frage, ob die Tradition wirksam sei, d. h. ob sie Besitz und, wenn die sonstigen Erfordernisse vorliegen, damit zugleich Eigenthum übertrage, nicht in Betracht kommen, so

Digitized by Google

bedeutungsvoll sie auch für die obligatorischen Verhältnisse sein mögen. Wesentlich für die dingliche Wirkung der Tradition ist nur die insoweit übereinstimmende Voraussetzung beider Parteien, es liege für die Tradition ein Rechtsgrund vor, der sie nothwendig Besitz erzeugen lässt oder, wirthschaftlich ausgedrückt, welcher ihr die Richtung gibt, die Sache definitiv dem Vermögen des Empfängers einzuverleiben. Ganz anders liegt die Sache, wenn von den Parteien die eine an *venditio*, die andere an *conductio* denkt, wie schon oben für Dig. 44, 7, 55 ausgeführt ist. Die *conductio* führt nicht zum Besitz (und Eigenthum), daher liegt keine *causa* in unserem Sinne vor. Verf. verweist S. 97 auf eine Anzahl von Stellen, die von der *traditio* auf Grund einer *donatio inter virum et uxorem* handeln, und meint, auch hier hindere der vollständige Mangel der *causa* den Besitzerwerb nicht, soweit die Juristen einen solchen überhaupt zulassen. Allein diese Auffassung ist unrichtig. Für den Besitzerwerb als solchen liegt die *causa* in der *donatio*, nur nicht für den Eigenthumserwerb; denn für letzteren ist die *donatio* unter Ehegatten ausdrücklich vom Rechte als *causa* reprobirt. Im Gegensatze zu derartigen Fällen sprachen die römischen Juristen von einer *justa causa*.

Man hat verschiedene *causae traditionis* unterscheiden wollen und als die vornehmsten bezeichnet: die *causa donandi, obligandi, solvendi*. Aber die Lehre von der Eigenthumstradition hat es nicht mit *causae*, sondern nur mit einer oder mit der *causa* zu thun. Ob z. B. durch die Tradition der Obligirungs- oder Zahlungszweck erreicht wird, ist eine ganz andere Frage, als die, ob die dingliche Wirkung der Tradition eintritt, und eben diese tritt ein, auch wenn der Tradent, der seine Schuld tilgen wollte, nicht befreit wird, weil er an einen Unmündigen zahlt, und wenn der Haussohn, der ein Darlehen erhalten sollte, nicht obligirt wird. Es ist dem Zahlungszweck juristisch ein anderer immanent, der durch die *traditio* sicher erreicht wird, das ist der Uebereignungszweck. Dieser Zweck liegt im Rechtsgeschäft, zu dessen Ausführung die Tradition dient, nothwendig, gleichviel ob die Parteien ihn im gegebenen Falle zu erreichen glauben oder nicht. Der Eigenthümer, der die verkaufte Sache dem Käufer tradirt, macht ihn zum Eigenthümer, mag er nun selbst oder mag der Käufer oder mögen beide sich in dem Irrthum befinden, der Verkäufer sei nicht Sacheigenthümer. Es genügt eben, dass sie die Tradition auf Grund einer *venditio* vollziehen, also auf Grund eines Vertrages, der nach dem objectiven Rechte auf Besitz- und Eigenthumsübertragung nothwendig gerichtet ist. Man könnte daher dem Verf. beistimmen, wenn er die *causa traditionis* als irgendwelche, vom objectiven Rechte nicht verpönte wirthschaftliche Absicht charakterisirt, welche den Tradenten zur Veräusserung bestimmt hat. Aber er vergisst dabei, dass sich diese wirthschaftliche Absicht in Wahrheit oder doch in der Vorstellung der Parteien mit einem Rechtsgeschäfte verbindet und sich aus ihm ableitet, welches

Digitized by Google

Besitz- und Eigenthumsübergang seiner Natur nach bezweckt. Darum darf die *causa traditionis* nicht so definirt werden, dass man blos das wirthschaftliche Moment betont, wie es Verf. thut. Man muss ihrem rechtlichen Gehalte gerecht werden, ihren Begriff nach rechtlichen Kriterien bestimmen, und demnach schlage ich folgende Definition vor: die *causa traditionis* ist die Vorstellung eines der Sachübergabe zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, in welchem sich beide Parteien einig sind oder doch wähnen, und welches juristisch geeignet ist, vermittels der sich naturgemäss anschliessenden Tradition als des Vollzugsactes dem Empfänger Besitz und, wenn das objective Recht diese Consequenz des Besitzerwerbes nicht ausdrücklich ausschliesst, auch das Eigenthum an der tradirten Sache zuzuführen.

Mit vorstehender Definition, die vielleicht nicht ganz geschickt ist, sich auch wohl noch vereinfachen lässt, ist die Frage gelöst, ob und inwieweit die Parteien in dem der Tradition zugrunde liegenden Rechtsgeschäft consentiren müssen, damit man sagen kann, sie seien in der *causa* einig; sie ergibt in Uebereinstimmung mit den Quellen, dass auch die fälschlich sogenannte subjective *causa* genügt. Denn die *causa traditionis*, die das Recht verlangt, ist, um es noch einmal zu betonen, immer objectiv, d. h. sie ist entweder objectiv vorhanden, oder sie ist objectiv nicht vorhanden; subjectiv ist nur die Vorstellung der Parteien von dem, was die objective *causa* darstellt und ausmacht. Halten wir dagegen, was Verf. über die Einigung der Parteien in der *causa* oben gesagt hat und auf S. 155 wiederholt: Diese Einigung „ist nur dann entscheidend, wenn mangels Einigung über die *causa* der objective Bestand des tradentischen Uebereignungswillens nicht angenommen werden kann; wann die Einigung über die *causa* die Existenz des Uebereignungswillens bedingt, darüber entscheidet die Lebenssitte und Verkehrsanschauung".

Man wird diese Sätze nicht leicht verständlich und noch weniger praktisch finden. Was den Verf. zu der Verclausulirung veranlasst hat, sind einige von Strohal construirte Beispiele, die Verf. auf S. 149 ff. bespricht, und in denen von einer Einigung der Parteien über die *causa* nicht die Rede sein kann. Ich greife das zweite Beispiel heraus. A offerirt dem B den Verkauf seiner beim B deponirten Uhr für 30 Mark; B entgegnet darauf, er wolle die Uhr als Geschenk behalten. Eine *causa traditionis* liegt nach Verf., aber auch nach meiner Definition nicht vor. Einig sind sich die Parteien zweifellos nicht (sog. objective *causa*): A will Kauf, B will Schenkung. Aber auch an der sog. subjectiven *causa* fehlt es. Zwar beides sind Rechtsgeschäfte, die Eigenthumsübertragung mittels *traditio* bezwecken; dieses in meiner Definition aufgestellte Erforderniss trifft also zu. Aber die Parteien befinden sich nicht in dem Irrthum, dass sie beide dasselbe Rechtsgeschäft wollen. A will Kauf und weiss, dass B nicht Kauf will; umgekehrt B will Schenkung und weiss zunächst sicher, dass A nicht schenken will. Es liegt also ganz

Digitized by Google

offener Dissens vor, während nach meiner Definition der Dissens der Parteien durch Irrthum verdeckt sein muss, wenn trotz dieses Dissenses das Vorhandensein der *causa* vom Rechte statuirt werden soll. A müsste also, um bei obigem Beispiele zu bleiben, Kauf wollen und glauben, B wolle ebenfalls Kauf, B seinerseits müsste die Uhr als Geschenk behalten wollen und glauben, A wolle sie ihm auch als Geschenk belassen. Jener Glaube des A und dieser Glaube des B wird aber unbedingt ausgeschlossen durch das positive Wissen vom thatsächlichen Gegentheil. Sonach fehlt es an der *causa traditionis*, sowohl der sog. objectiven, als auch der sog. subjectiven, und die *traditio* kann daher nicht wirksam sein, weder Besitz noch Eigenthum verschaffen. Die anderen beiden vom Verf. behandelten Beispiele liegen ähnlich; es mangelt auch bei ihnen an der *causa* in meinem Sinne, weil offener Dissens vorliegt. Verf. betont ebenfalls den offenen Widerspruch, in dem sich die Parteien befinden; aber der scheint ihm noch nicht genügend, um nach anerkannten oder anzuerkennenden Rechtsgrundsätzen den Besitz- und Eigenthumserwerb auszuschliessen. Er ruft deshalb die Lebens- und Verkehrsanschauung und schliesslich noch die Vernunft zu Hilfe (S. 151). Es scheint so, „als ob ihm doch der abstracte Uebereignungswille vorgeschwebt hätte; die nothwendige Bindung des Uebereignungswillens an das der Tradition zugrunde liegende Rechtsgeschäft, in dem die Parteien nicht offen dissentiren, führt von selbst zu dem auch von ihm vertheidigten Resultat. Consens und Dissens sind logische Gegensätze; aber die Lehre von der *causa traditionis* hat sich über diese Logik hinweggesetzt, da sie noch zwischen offenem und durch gegenseitigen Irrthum verdecktem Dissens der Parteien unterscheidet und den letzteren dem Consens gleich behandelt. So können wir die Lebenssitte und die Verkehrsanschauung in der Charakterisirung der *causa* missen und damit die obigen etwas dunklen Sätze des Verf. entbehren.

Haben wir aber die *causa traditionis* richtig erfasst, und halten wir an ihr als einem von den Quellen unstreitig geforderten Moment für die Wirksamkeit der Tradition (Besitz- und gegebenenfalls Eigenthumsübertragung) fest, so bleiben als die sonstigen Momente nur noch übrig: Besitzerwerb, d. h. Wille, Besitz zu erwerben, auf Seiten des Empfängers, und Besitzentäusserung, d. h. Wille, sich des Besitzes zu Gunsten des Empfängers zu entäussern, auf Seiten des Tradenten. Das ist ungefähr auch die Ansicht unseres Verf.; nur habe ich seinen Uebereignungswillen von der *causa* getrennt, und das muss man thun, weil, wie oben bemerkt, der Verkäufer, der die ihm eigenthümliche Sache dem Käufer tradirt, den Uebereignungswillen selbst im Momente der Tradition gar nicht zu haben braucht und er trotzdem mittels der Tradition und vermöge ihrer *causa* den Käufer zum Eigenthümer macht, falls nicht andere Verhältnisse im Wege stehen.

So wenig, wie auf Seiten des Empfängers der *animus dominii accipiendi* vorliegt, was Verf. ausdrücklich angenommen und be-

Digitized by Google

wiesen hat, ebensowenig ist der von ihm statuirte einseitige Uebereignungswille des Tradenten erforderlich, wie er ja bisweilen auch gar nicht thatsächlich vorhanden ist. Der Wille des Tradenten reducirt sich darauf, den Besitz zu Gunsten des Empfängers aufzugeben. Die *traditio* an sich ist entweder Einräumung der Detention (z. B. bei der *conductio*), oder sie ist Besitzübertragung. Nur mit der letzteren haben wir es hier zu thun. Die Besitzübertragung wiederum kann einen doppelten Sinn haben: entweder soll der Empfänger nichts weiter als eben Besitzer werden (so z. B. beim Faustpfand), oder er soll Eigenthümer werden (so bei der *venditio* u. dgl.). Aber auch im letzteren Falle ist die Tradition keine Eigenthumstradition als eine *traditio sui generis*, sondern deckt sie sich an und für sich mit der blossen Besitztradition, da, wie gezeigt, der Wille, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, mit der Tradition nicht nothwendig und nicht begrifflich verbunden ist. In beiden Fällen vollzieht sich die Tradition in derselben Weise, was Verf. ebenfalls richtig bemerkt hat: es liegt nicht eigentlich Besitzübertragung vor, sondern der Erwerber ergreift von der Sache Besitz nicht anders, als der Occupant, also in originärer Weise. Was die Doctrin veranlasst, vom derivativen Besitzerwerb zu sprechen im Gegensatz zum originären Besitzerwerb im engeren Sinne, ist einzig die Thatsache, dass der Besitz mit dem Willen des bisherigen Besitzers ergriffen wird. Ob nun aber der Besitzerwerb nur Besitzerwerb bleibt, oder ob er zum Eigenthumserwerb führt, das bestimmt sich nach der *causa traditionis*. Das sind ungefähr dieselben Gedanken, die A. Affolter im Archiv für Bürgerliches Recht, Band VIII (1894), S. 25 ff., entwickelt hat. Haben die Parteien ein Causalgeschäft abgeschlossen, das juristisch Eigenthumsübergang bezweckt, so fehlt zum Vollzuge nur noch die besitztradition; das Eigenthum folgt ihr dann *ipso jure* kraft der *causa* nach. Stellt man sich einen Uebereignungswillen vor, so ist dieser der der *causa* entsprechende und mit ihr gegebene Wille. Er liegt in der *causa* und kommt daher bei der Tradition nicht mehr als neues Thatbestandsmoment zur Geltung; denn die *causa* ist und bleibt ein selbständiges Moment der Tradition, welches von dem die Tradition an sich beherrschenden Willen der Parteien, nämlich dem Willen, Besitz zu geben und zu nehmen, zu trennen ist.

Hiemit kann ich von dem zweifellos tüchtigen Buche des Verf. scheiden. Die Lehre vom dinglichen Vertrage hat er nach meinem Urtheil widerlegt, und die Erkenntniss vom Wesen der *causa* hat uns in der Richtigkeit seines ablehnenden Standpunktes bestärkt, wie ja auch Verf. selbst auf die *causa* nur eingegangen ist, um jene Lehre zu bekämpfen. Seine eigene Construction des Traditionsactes konnten wir uns nicht stricte zu eigen machen; wir haben sie aber nicht schlechthin zu verwerfen brauchen, sondern durch einige Verschiebungen, welche die Erkenntniss des Wesens der *causa* nöthig machte, umgemodelt. Damit haben wir zu den wichtigsten Punkten

Digitized by Google

seiner Abhandlung Stellung genommen. Es folgt noch ein drittes Capitel, in welchem Verf. dagegen Front macht, die Sachübergabe als „Form" des Uebereignungsactes zu bezeichnen, was wieder mit der Auffassung der Tradition als eines dinglichen Vertrages zusammenhängt, und ein viertes und letztes Capitel, in dem er von seinem Standpunkte das Veräusserungsgeschäft durch Tradition im Stadium seines Werdeprocesses schildert.

Beigegeben hat Verf. das werthvolle Verzeichniss der Quellenstellen von *tradere* und *traditio* nach dem Berliner Index, leider aber auch mit dessen Citirmethode nach Seite und Zeile der grossen Mommsen'schen Pandektenausgabe. Da nicht Jeder diese Ausgabe sofort zur Hand hat und in jedem Falle das Umsetzen der Stellen nach der herkömmlichen Citirmethode unbequem und zeitraubend ist, so hätte Verf. die Arbeit besser dem Benutzer des Verzeichnisses abgenommen.

Charlottenburg. **Dr. Hugo Krüger.**

---

28. Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse.

Von Franz Leonhard. Göttingen, Dieterich, 1896. 95 S. 8. Preis: Mk. 1·80.

Die ersten 67 Seiten der Schrift sind gesondert als Göttinger Inaugural-Dissertation, die Verf. seinem Bruder und Lehrer, Geheimrath Rudolf Leonhard in Breslau, gewidmet hat, erschienen. Auf das Titelblatt derselben hat Verf. die Bemerkung gesetzt: „Teil des gleichzeitig im Buchhandel unter demselben Titel erscheinenden vollständigen Werkes." Dieses vollständige Werk ist um 30 Seiten stärker.

Unzweifelhaft hat Verf. ein interessantes Thema gewählt. Die herrschende Meinung leugnet, dass im römischen Rechte der Verkäufer aus der *culpa in contrahendo* hafte; Verf. verficht mit Eifer die entgegengesetzte Ansicht, und zwar steht er mit ihr fast allein da. Das kommt seiner Schrift zugute und empfiehlt sie als ein Product selbstständigen Arbeitens und eigenen Denkens. Auf ganz sicheren Füssen steht ja die herrschende Meinung nicht, wie denn auch ihre Vertreter, in dem obigen negativen Resultat einig, in der positiven Beantwortung der einschlägigen Fragen auseinandergehen. Also eine zusammenhängende Prüfung der Lehre war angezeigt. Dass nun dem Verf. der Beweis seiner Ansicht glatt gelungen ist, lässt sich nicht behaupten; dass er misslungen ist, wäre zuviel gesagt. Das Thema gehört zu denen, deren Bearbeitung schwerlich zu einem festen und abschliessenden Ergebniss führen wird, weil die Quellen nicht ausreichen, sei es dass die Zahl der Zeugnisse zu gering ist, sei es dass ihre Sprache nicht deutlich genug ist. Der letztere Fall liegt hier vor. Die beigebrachten Zeugnisse zeigen insgesammt eine bedauerliche Lücke: in keiner Stelle findet sich das Wort *culpa* oder ein Ausdruck, welcher

Digitized by Google

mit einiger Sicherheit auf die Haftung des Verkäufers aus dem Gesichtspunkte der *culpa* schliessen lässt. So hat der Verf. einen schweren Stand. Von vornherein widerlegt mit der genannten auffälligen Thatsache ist seine Ansicht natürlich nicht; die Lehre hat sich auch nach ihm erst im classischen Rechte allmälig entwickelt, und auch derjenige, welcher sich nach Massgabe des mangelhaften Quellenstoffes für die herrschende Meinung entscheidet, wird zugeben müssen, dass die Ansätze zur Culpahaftung da waren, dass aber die Lehre unfertig geblieben ist. Verf. zieht daher eigentlich nur die Consequenzen aus einer Anschauung, die den Römern nicht fremd war, die aber bei ihnen noch nicht feste Gestalt angenommen, noch keine Durcharbeitung und Klärung erfahren hatte.

Damit habe ich mein Gesammturtheil über die Schrift und ihren Erfolg abgegeben. Wenn ich jetzt auf die Beweisführung des Verf. eingehe, so ergibt sich aus meiner Stellungnahme zur Sache von selbst, dass ich seine Gründe als nicht stichhaltig und nicht durchgreifend nachzuweisen versuche, dass ich zeige, wie die von ihm angerufenen Quellenzeugnisse zum mindesten auch eine Deutung zugunsten der herrschenden Lehre zulassen.

Drei Fälle der Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsabschlusse stellt Leonhard auf: 1. er verschweigt fahrlässig Mängel der verkauften Sache; 2. er gibt fahrlässig ein Versprechen ab; 3. er unterlässt es schuldhaft, sich über die Eigenschaften der Waare zu unterrichten.

Was den ersten Fall betrifft, so geht Verf. davon aus, dass der Verkäufer, der einen Fehler der Waare kennt, ihn aber dem Käufer nicht mittheilt, nicht durchaus arglistig zu sein braucht. Dass er nach den Quellen für den Fehler haftet, ist unbestritten; während man aber gemeinhin lehrt, dass die Römer den Verkäufer stets als arglistig behandelt hätten, bekämpft Verf. diese Denkform oder Fiction und meint, die Römer hätten sich offen zur Culpahaftung bekannt. Für jene Denkform wird Dig. 21, 2, 69, 5 von Pernice angeführt; nach Verf. aber handelt diese Stelle blos vom *dolus*, nicht von der *culpa*. Hier wird vom Verkäufer gesagt: *decepit emptorem* und *celavit conditionem; celare* aber insbesondere schliesst, meint Verf., den Thatbestand „eines kunstvollen Verheimlichens“ in sich. Für diese Bedeutung beruft er sich nicht etwa auf die Lexica, sondern nur auf eine andere Digestenstelle, Dig. 19, 1, 1, 1; in dieser aber wird das *celare* auch nicht definirt, sondern in ähnlicher Weise wie oben gebraucht. Nun enthält aber gerade die letztere die Worte: *si improbato more versatus sit in celanda servitute;* es gibt also auch ein *celare probato more,* und dies kann arglistiges Verheimlichen nicht sein. Damit ist Verf. widerlegt. Viel eher könnte man bei dem *decipere* der L. 69, §. 5 cit. an doloses Verschweigen denken; aber Verf. macht dies nicht geltend, weil er weiss und auf S. 46 besonders ausführt, dass selbst dem *decipere* das subjective Moment der Arglist nicht nothwendig innewohnt. Mit dem *celare* steht es nicht anders,

Digitized by Google

und daher hat Verf. nicht bewiesen, dass sich die entgegengesetzte Ansicht auf die Stelle nicht berufen darf.

In Dig. 18, 6, 16 (15) sodann glaubt er ein positives Zeugniss dafür zu haben, dass die Haftung auf *culpa* und nicht auf *dolus* beruht. „Denn hier hat der Verkäufer, der den Vertrag schon abgeschlossen hat, von seinem Schweigen eben gar keinen Vortheil.“ Aber bei dieser Auslegung gehörte die Stelle überhaupt nicht hieher, da nicht *culpa in contrahendo* vorläge; sie ist indessen unrichtig. Der Verkäufer hat zu seinem Vortheile beim Vertragsschlusse geschwiegen, weil sonst der Käufer vermuthlich vom Kaufe Abstand genommen hätte. Hierin konnten die Römer sehr wohl Arglist sehen. Ferner legt Verf. Gewicht darauf, dass die Quellen in den Fällen, die nach seiner Meinung von der Culpahaftung sprechen, den Verkäufer immer nur als *sciens,* als einen, der die Mängel kennt, hinstellen, während sie sonst das Moment der Arglist durch die Formel: *sciens dolo malo* ausdrücken. Aber auch dieser Einwand trifft die Gegner nicht; denn sie meinen doch, dass die Römer eben um der *scientia* willen und nach Massgabe des gesammten Thatbestandes den *dolus* subintellegirt hätten. Bei der blossen *scientia* kann ebensogut an ein Verschulden, wie an Arglist gedacht sein, sagt Verf. S. 17; aber darum eben fragt es sich, was sich die römischen Juristen unter dem *venditor sciens,* wenn sie ihn haften liessen, vorgestellt haben, wie sie diese *scientia,* unter Würdigung aller Umstände, beurtheilen zu müssen glaubten. So führt uns auch der Gesichtspunkt der *scientia* nicht weiter.

Nach Dig. 18, 1, 45 verkauft jemand wissentlich alte, ausgebesserte Kleider für neue, ohne dem Käufer, der diesen Zustand der Kleider nicht kannte und daher jedenfalls einen neuen Anzug erstehen wollte, davon Mittheilung zu machen. Verf. meint, die Annahme eines *dolus* auf Seiten des Verkäufers sei durch nichts begründet, in seinem Schweigen liege nur *culpa.* Ich denke, niemand wird dem Verkäufer die Ausflucht eines Versehens glauben. Endlich werden manche das ehrende Urtheil über Ulpian, zu dem sich Verf. aus Anlass von Dig. 19, 1, 13, 3 versteigt, nicht unterschreiben wollen. So sehen wir nach allen diesen Proben, dass die Beweisgründe des Verf. Widerspruch hervorrufen oder doch gestatten. Wir können nur zugeben, dass, wenn die Römer in den besprochenen Fällen die Haftung auf den *dolus* gründen, wir an ihren Entscheidungen festhalten, die hier und da aber formalistische Construction des *dolus* lieber durch die sachlich gerechtfertigtere der *culpa* ersetzen müssen. Nur auf diesem Wege gelangen wir zu einer Culpahaftung im römischen Rechte; wir statuiren sie in seinem Sinne.

Der zweite Fall der Culpahaftung ist nach Leonhard der eines fahrlässig abgegebenen formlosen Versprechens. Die herrschende Meinung gründet die Haftung nicht auf die Fahrlässigkeit, sondern auf das Versprechen selbst. Hier lassen die Quellen den Verf. meines Erachtens noch mehr im Stich. In Dig. 21, 2, 31 (Verf. S. 26) hat jemand dem Stipulanten versprochen: *sanum esse (servum).* Aeltere

Digitized by Google

Juristen zweifelten, ob das Versprechen giltig sei, weil keine Leistung, kein *praestari* ausbedungen sei. „Eine solche Untersuchung, sagt Verf., kann nur Sinn haben, wenn das Recht in der That eine Form verlangt. Hätte schon das formlose Versprechen den Verkäufer verbunden, so würden sich die Juristen den Streit um die Handhabung der Form erspart haben.“ Aber die Stipulationsform war ja gewahrt; was fehlte, war das Versprechen einer Leistung. Bei dem ebenso gefassten formlosen Versprechen mussten daher dieselben Zweifel sich erheben; für die Frage der Giltigkeit des formlosen Versprechens an sich ergibt sich also aus der Stelle nichts. In Dig. 19, 1, 13, 1 sodann versichert der Verkäufer eines diebischen Sclaven, da er dessen Charakter nicht kennt, der Sclave sei tüchtig und brav. Ulpian lässt den Verkäufer haften mit dem Bemerken: *hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.* Also leichtsinniges Versprechen! Aber Ulpian vergleicht diesen Verkäufer mit jenem, der wissentlich einen diebischen Sclaven verkaufte, ohne davon dem Käufer Mittheilung zu machen. Der Verf. sieht das *tertium comparationis* in der *culpa*; Ulpian kann aber auch gedacht haben: der eine hat zu viel, der andere zu wenig gesagt; die richtige Grenze — darin liegt der Vergleichungspunkt — hat keiner von beiden innegehalten.

Endlich behauptet Verf. auf S. 27: „Wenn der Verkäufer arglistig eine Versicherung abgegeben hat, so führen die Römer seine Haftung ausdrücklich auf die Arglist zurück und nicht auf das Versprechen.“ Er schliesst daraus, dass das formlose *dictum* an sich nicht verbindliche Kraft gehabt habe. Für jene Behauptung führt Verf. zwei Stellen an: Dig. 19, 1, 13, 14 und Dig. 19, 1, 1, 1. Im ersteren Falle konnte aus dem Gesichtspunkte des Versprechens eine Haftung nicht abgeleitet werden, weil das Versprechen objectiv erfüllt war; es blieb also nur der *dolus* übrig, um überhaupt eine Haftbarkeit zu construiren. Im zweiten Falle konnte ebenfalls das Versprechen nicht zur Grundlage der Haftung genommen werden, weil Verkäufer sich ausdrücklich ausbedungen hatte: *non teneor*; blieb also nothgedrungen auch nur der *dolus* übrig. So fällt das ganze Argument des Verf. hin.

Der dritte Fall, den Verf. für die Culpahaftung anführt, liegt für ihn günstiger als der vorige. Bedenken freilich ergeben sich auch hier. Auf ihn näher einzugehen muss ich mir versagen, weil ich glaube, bereits hinreichend in das Detail eingedrungen zu sein. Ich wollte zeigen, wie unsicher der Boden ist, auf dem Verf. gebaut hat; im übrigen verweise ich auf mein anfangs abgegebenes Gesammturtheil.

Charlottenburg. **Dr. Hugo Krüger.**

Digitized by Google

29. Besitzen heisst gesichert sein!

Thema und Beweis von Dr. Anton Hess, Rechtsanwalt zu Hamburg. Hamburg, O. Meissner. 1895. 110 S. 8°. Preis 6 Mk.

Der Titel scheint eine nationalökonomische oder auch eine rechtsphilosophische Abhandlung zu verheissen, in Wahrheit aber gibt er die vom Verf. vorgeschlagene Definition der gemeinrechtlichen Possessio wieder. Sie ist etwas kurz gefasst, wie es sich ja auch für einen Buchtitel ziemt; die volle Definition lesen wir auf S. 1: „Besitzen heisst gesichert sein in der Möglichkeit, die besessene Sache künftig zu geniessen." Für diese Begriffsbestimmung hatte sich Verf. bereits in seinen 1892 erschienenen „Abhandlungen aus dem Gebiete des Civil- und Strafrechts", deren erster Theil von dem natürlichen Besitze handelte, ausgesprochen; aber das juristische Publicum hatte diesen Aufsatz, wie Verf. selbst auf S. 7 der gegenwärtigen Schrift bemerkt, ganz übersehen, was übrigens zum Theile darin seinen Grund haben mag, dass er civil- und strafrechtliche Themata in einem Werke vereinigte. Um so mehr halten wir es für unsere Pflicht, seine jüngste Schrift einer Besprechung zu unterziehen, zumal sie die Beachtung der Civilisten verdient. Gewiss wäre der Versuch, das Besitzproblem aus einem neuen Gesichtspunkte zu lösen, an sich interessant genug, wenn nicht die Fülle der modernen Literatur über die immer noch offene Frage die erklärliche Folge gehabt hätte, weite Kreise gegenüber neuen Untersuchungen misstrauisch und gleichgiltig zu machen. Aber die Lehre des Verf. zeigt meines Erachtens auch einen Fortschritt, und zwar in der Erkenntniss des Wesens des sogenannten *corpus possessionis*. Sein Verdienst liegt darin, richtig erkannt und nachdrücklich betont zu haben, dass der Besitz nicht etwas rein Objectives ist, dass er sich nicht objectiv bestimmen lässt. Es steckt in ihm ein subjectives Moment, und das ist das sich auf objective Thatsachen gründende Urtheil des praktischen Lebens, der Verkehrsgenossen, welches für die Frage nach dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Besitzes massgebend ist und daher ein begriffliches Element desselben bildet.

Wenn man gemeinhin den Besitz als die thatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache definirte, so ist damit entweder etwas Unklares oder geradezu etwas Falsches gesagt. Denn wenn sich im tiefen Walde das Wild in meiner Schlinge gefangen hat, so habe ich über das Wild durchaus noch nicht die thatsächliche Gewalt erlangt, auch nicht, was man damit gleichzusetzen pflegt, die gegenwärtige Möglichkeit, auf das gefangene Wild nach Belieben einzuwirken, und doch bin ich sofort Besitzer geworden, auch wenn ich zu Hause schlafe und daher von dem Fange gar nichts weiss.

Von diesem bekannten Beispiele der Quellen geht auch Verf. aus, um die Unhaltbarkeit der obigen, so oft schon angegriffenen Lehre zu erweisen und seine eigene zu begründen. Wir müssen deshalb bei diesem Falle etwas verweilen. Nach Hess ist es in dem

Digitized by Google

Augenblicke, in dem sich das Wild in der Schlinge fing, sicher geworden, dass ich künftig das Thier bekommen, erhalten, geniessen, kurz dass ich künftig auf dasselbe nach Belieben einwirken kann: die gegenwärtige Sicherheit künftigen Genusses, das ist nach ihm das Wesen des Besitzes.

Man wird von dieser Sicherheit nicht ohne Weiteres überzeugt sein; Verf. sucht sie deshalb näher zu bestimmen und zu rechtfertigen. Folgen wir daher seinen Erörterungen, bevor wir selbst urtheilen! Bekanntlich lautet die Entscheidung der Quellen in dem vorher besprochenen Falle (Proculus, Dig. 41, 1, 55) nicht so klar und so einfach, wie sie Verf. oben, allerdings auch nur vorläufig, hingestellt hat. Es werden bei Proculus noch einige Unterscheidungen gemacht, und insbesondere wird die Möglichkeit ins Auge gefasst, dass sich das Wild so in der Schlinge gefangen hat, dass es sich leicht selbst wieder befreien kann. Gelingt es ihm, so bin ich nach der Auslegung des Verf. nie Besitzer gewesen. Lassen wir einstweilen dahin gestellt, ob diese Auslegung des Fragments richtig ist; wir wollen ja sehen, wie Hess seine Theorie entwickelt. Er findet nun jedenfalls die Entscheidung, die er aus dem Zeugnisse herausliest, ganz in der Ordnung; denn objectiv sicher sei es nie gewesen, dass wir das Wild behalten würden, wie sich *ex post facto* zeige; auf die objective Sicherheit käme es aber allein an (S. 15).

Im Laufe der folgenden Untersuchungen kommt Verf. noch öfters, auch gelegentlich der Besprechung anderer Fälle des Besitzerwerbes, auf dieses Kriterium *ex post facto* zurück; man müsste hiernach annehmen, dass es ihm mit der objectiven Sicherheit, die Sache künftig geniessen zu können, um schon jetzt ihr Besitzer zu sein, Ernst ist. Aber da setzt er sich ja mit seiner eigenen Entscheidung im Falle des Wildfanges in Widerspruch. Die objective Sicherheit ergibt sich hier doch immer erst dann, wenn ich das Wild in der Schlinge gefunden und mich seiner bemächtigt habe! Folglich müsste ich stets erst in diesem Augenblicke Besitzer werden. Die Quellen setzen überdies die weitere Möglichkeit, dass ein vorübergehender Thierfreund den Eber befreit und laufen lässt, oder dass ein Dieb sich ihn aneignet; wir können auch daran denken, dass Raubthiere das gefangene Wild auffressen. Kurz, wir müssen mit Gajus und seinen Gewährsmännern (Dig. 41, 1, 5, 1) sagen: *multa accidere possunt, ut eam non capiamus* (wenn auch diese Juristen einen anderen Fall im Auge haben). Und doch will Proculus und nach ihm unser Verf. ungeachtet jener Möglichkeiten Besitzerwerb in dem Augenblicke annehmen, wo sich das Thier in der Schlinge verstrickt hat, und wo also objectiv noch nichts sicher ist.

Der Fehler liegt darin, dass Verf. objective Sicherheit verlangt. Seine ganze Theorie müsste stürzen, wenn sie wirklich und durchgängig auf diesem Postulat beruhte. Dies ist aber zum Glück nicht der Fall; vielmehr ist sich Verf. selbst untreu geworden, wenn er, verführt durch einige Quellenzeugnisse — auch Celsus, Dig. 41, 2, 18, 3:

Digitized by Google

Fortdauer des Besitzes am *fundus*, wenn ich den Eindringling leicht vertreiben kann (Verf. S. 32 f.), gehört hieher —, wenn er, sage ich, von der objectiven, sich *ex post facto* ergebenden Sicherheit spricht und damit argumentirt. Es ist ein blosses Versehen, das er leicht hätte vermeiden können, wenn er sich über seine eigene Theorie recht klar geworden wäre und die Gesammtheit seiner Gedankenreihen überblickt hätte. Denn auf S. 17 wirft er selbst die Frage auf: Was heisst überhaupt „sicher"? Und er antwortet ganz richtig: „Bei Erwägung aller Umstände ist nichts sicher." Wenn ich mein Geld in den Geldschrank lege, so urtheile ich, dass es dort am sichersten liegt, und so urtheilen Alle, und doch kann es mir aus dem Geldschrank gestohlen werden. Darum statuirt Verf. mit vollem Rechte, dass das Wort „sicher" nur unter folgenden Einschränkungen verstanden werden kann: 1. nicht absolut, sondern relativ (verhältnissmässig) sicher, 2. sicher bei normalem Verlauf der Dinge, 3. nach Ansicht der Verkehrsgenossen, also im praktischen Leben stehender Menschen genügend sicher (S. 17 f.). Ob ich also die Sicherheit habe, die Sache künftig geniessen zu können, kurz ob ich besitze, bestimmt sich nicht nach blos objectiven Kriterien, sondern nach der Verkehrsauffassung, nach dem allgemeinen Urtheil. Mit dieser These bin ich vollkommen einverstanden; natürlich ist sie noch zu specialisiren, soll sie brauchbar sein. Daran lässt es denn auch Verf. nicht fehlen.

Für das genannte Urtheil müssen gewisse Gründe massgebend sein; es müssen gewisse Thatsachen vorliegen, aus denen die allgemeine Verkehrsanschauung den Schluss zieht, dass ich besitze. Diese Thatsachen sind verschiedenster Art. Verf. unterscheidet richtig zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken; für die Mobilien wiederum macht er folgende Eintheilung (S. 20): Wir sind gegen Wegnahme gesichert, wenn es auf Grund von Thatsachen sicher ist, dass uns Andere die Sache *a)* nicht werden wegnehmen können, *b)* nicht werden wegnehmen wollen. Zu *a)* rechnet Verf. die Fälle, wenn wir die Sache mit Händen halten oder sie bewachen, oder sie versteckt haben, oder endlich wenn wir sie angebunden, eingeschlossen haben, oder wenn sie in unserem Hause oder Geschäftsraume liegt. Ich füge sogleich hier an, dass ich die ganze Unterscheidung des Verf. für nicht glücklich und überhaupt für unwesentlich halte. Worauf es ankommt, das ergibt sich, allerdings auch erst auf einem unnützen Umwege, aus dem, was Verf. zu *b)* ausführt, d. h. zu dem zweiten Gliede der Unterscheidung: wir besitzen eine Sache, wenn sie uns andere nicht werden wegnehmen wollen. Sieht man den hievon handelnden Abschnitt (S. 21 ff.) durch, so findet man von diesem Nichtwollen anderer recht wenig; wohl aber wird Verf. erfreulicher Weise durch die von ihm hier besprochenen Fälle ganz von selbst zu der richtigen Erkenntniss gleichsam gedrängt. Ich bin Besitzer des Heues, das ich auf dem Felde, der Baumaterialien, die ich auf dem Bauplatze, des geschlagenen Holzes, das ich im Walde

Digitized by Google

unbeaufsichtigt habe liegen lassen. Warum? Weil es schwierig und gefährlich ist, sagt Verf., diese Sachen heimlich zu transportiren und ebenso, sie zu verwerthen, bezw. sie zu veräussern. Das ist es, um deswillen Verf. meint, andere wollen sie uns nicht entwenden. Aber er fügt etwas sehr Wesentliches noch hinzu, nämlich: nach Ansicht der Ortsgenossen. „Auf diese Ansicht der Ortsgenossen," fährt er fort, „kommt es aber allein an, weshalb man sogar geradezu sagen kann: Besitzer ist, wer in ortsüblicher Weise, d. h. in einer der Ortssitte genügenden Weise seine Sachen aufbewahrt hat." Die Ortssitte richte sich aber nicht nur nach der Sicherheit der Aufbewahrung der Sachen, sondern auch nach ihrem jeweiligen wirthschaftlichen Verwendungszweck, ja in vielen Fällen begnüge sie sich mit der blossen Constatirung des Willens, Besitzer zu sein. Nun endlich haben wir den Verf. da, wo wir ihn sehen wollten. Auf den Willen der anderen, zu entwenden oder nicht zu entwenden, kommt es nach seinem eigenen, indirecten Geständnisse nicht an, sondern allein auf die der Ortssitte entsprechende Aufbewahrungsart. Und wenn Verf. schliesslich auf das Aufbewahren oder auf die Gewahrsam den grössten Nachdruck legt, wenn nach ihm aufbewahren eben sichern heisst, dann können wir den letzteren Ausdruck, welcher in der Besitzlehre nicht üblich ist, und der doch nichts Neues besagt, missen und wollen wir lieber an der herkömmlichen Vorstellung der Gewahrsam festhalten, wenn wir uns nur den Gewinn sichern, den uns die Erörterungen des Verf. gebracht haben, dass nämlich die Gewahrsam von der Ortssitte oder überhaupt von der Verkehrsauffassung bestimmt wird.

Die Ortssitte unterliegt der Macht der Verhältnisse und richtet sich nach ihr. Sie nimmt Gewahrsam an, wenn Sachen, die in mein Haus gehören, in diesem, Sachen, die auf meinen Hof gehören, auf diesem niedergelegt sind. Haus und Hof sind meine Burg und sichern mir die Gewahrsam nach allgemeinem Urtheil. Hieher gehören alle mechanischen Vorrichtungen mit gleicher Bestimmung, wie Automaten, Briefkästen u. s. w. Dazu rechne ich auch die Schlinge, in der sich das Wild fängt; darum besitze ich das gefangene Wild, und so entscheidet auch Proculus. Stiehlt es mir ein Anderer aus der Schlinge, so habe ich den Besitz verloren, aber es bleibt mir die rechtliche Möglichkeit, den Besitz wiederzuerlangen; befreit sich aber das Wild selbst, oder wird es von Raubthieren aufgefressen, so habe ich den Besitz, den ich vorher hatte, definitiv verloren. Die mechanischen Anstalten sind Thatsachen, auf die sich das allgemeine Urtheil stützt, dass ich die in ihnen befindlichen Sachen in Gewahrsam habe. Aber solche Anstalten sind nicht immer nöthig. Die Macht der Verhältnisse zwingt den Landmann, sein Heu auf dem Felde zu lassen; die Sitte hält sich an die Thatsache, dass das Heu ordnungsmässig auf dem Felde liegt und nicht etwa auf der Landstrasse, und deshalb nimmt sie Gewahrsam an, obgleich man von ihr eigentlich gar nicht reden könnte.

Digitized by Google

Das alles gilt, auch nach der Lehre des Verf., für Mobilien.

Was den Besitz an Grundstücken betrifft, so liegt hier die Sache nicht viel anders. Um Besitzerwerb zu statuiren, begnügt sich die Sitte mit gewissen Thatsachen, die nicht entfernt Gewahrsam im eigentlichen Sinne geben, weil das Bild der Gewahrsam auf Grundstücke gar nicht passt. Die Quellenbeispiele sind bekannt, aber es sind eben nur Beispiele, die sich je nach Verkehrsübung und Ortssitte mehren. Der Besitz an Grundstücken erhält sich länger als an Mobilien, weil man erstere nicht immer bewachen kann und jedenfalls nicht immer bewacht; damit rechnet die Verkehrsauffassung und darum auch das Recht.

Das sind Erwägungen, die sich aus den Quellen ergeben, und die auch in den Gedankenkreisen des Verf. liegen. Wenn sie bei ihm nicht so scharf hervortreten, so kommt dies daher, dass er zu sehr im Banne seiner Definition: „Besitzen heisst gesichert sein" liegt und sie überschätzt. Geht er doch soweit zu sagen, dass der von einem Grundstücke vertriebene Besitzer, der damit zweifellos den Besitz verloren hat, dennoch besitzt, weil er mittels des *interdictum de vi* den Besitz wieder erlangen kann und es deshalb bereits jetzt sicher ist, dass er ihn wieder erlangen wird! (S. 33.) Da gäbe es ja gar keine wider rechtliche Besitzentziehung mehr! Ulpian's Zeugniss in Dig. 41, 2, 17, auf das er sich beruft, kann daher unmöglich so verstanden werden. Man darf eben die Quellen nicht so leichthin benutzen, wie es Verf. thut; sie verlangen ein Studium, dessen Schwierigkeit gerade vielen Männern der Praxis nicht bewusst ist. Ein Blick in Lenel's Palingenesie hätte ihn belehrt, in welchem Sinne der an sich räthselhafte Ausspruch Ulpian's zu verstehen ist; er steht unter der Rubrik: *De litigiosis* und ist mit Gajus, IV, 117a: *item si fundum litigiosum* . . . in Verbindung zu bringen.

Ich wiederhole also mein Urtheil. Verfassers Definition, die ihn selbst vielfach zu irrigen Behauptungen geführt hat, ist entbehrlich. Der Kern aber seiner Auffassung ist ein gesunder: ob wir Gewahrsam haben, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung, die sich ihrerseits auf objective Thatsachen stützt.

Es ist klar, dass damit nur das *corpus possessionis* charakterisirt wird; zum Besitze gehört noch der Besitzwille. Hess ist der Meinung, dass dieses Erforderniss des Besitzes nach seiner Definition hinfällt: nicht der subjective *animus possidendi*, sondern das objective Urtheil der Verkehrsgenossen trennt die Detention vom juristischen Besitze. Da ich dem Verf. nicht folgen kann, so unterlasse ich eine Auseinandersetzung, die nothwendig die Grenzen einer Besprechung überschritte. Auch kam es mir, wie ich anfangs bemerkte, wesentlich darauf an, die brauchbaren Ideen des Verf. ins Licht zu setzen. Wollte Verf. auf der Grundlage derselben die Besitzlehre noch einmal sorgfältig durcharbeiten, so zweifle ich an einem guten Erfolge nicht.

Charlottenburg. **Dr. Hugo Krüger.**

Digitized by Google

30. *Manuel élémentaire de droit Romain.*

Par Paul Frédéric Girard. Paris, A. Rousseau 1896 (und 1897). XVI, 1050 S. 8°. Preis 12 Francs.

Veröffentlicht während der Jahre 1896 und 1897 in vier einzelnen Fascikeln, liegt Girard's Manuel nun vollständig vor. In erster Linie für den Rechtsunterricht bestimmt, dem ja auch seine bekannten, bereits in 2. Auflage (Paris 1895) erschienenen *Textes de droit Romain* dienen, ist sein Handbuch, ebenso wie die genannte Quellensammlung, von allgemeinem Interesse. Es ist zugleich ein Lehrbuch der römischen äusseren wie inneren Rechtsgeschichte und der Institutionen und vereinigt somit den ganzen Lehrstoff des römischen Privatrechtes. Knapp gefasst, enthält es doch alles Wissenswerthe, da jedes einzelne Institut, jede einzelne Lehre mit derselben Sorgfalt und Liebe behandelt ist; in der Durcharbeitung des Stoffes ist es unseren Pandektenlehrbüchern vergleichbar. Dabei zeichnet es sich besonders durch die Fülle der Literaturangaben aus; man hat so ziemlich die gesammte internationale moderne Literatur, soweit sie wichtig ist, vor allem die deutsche, französische und italienische, daneben auch die geringere englische und holländische, zusammen: ein Vorzug, den übrigens alle Arbeiten Girard's haben. Da heutzutage kaum noch ein Bearbeiter des römischen Rechtes sich an seine heimische Literatur bindet, so wird das Buch schon wegen der weitgehenden Berücksichtigung der Weltliteratur den wissenschaftlichen Kreisen willkommen sein.

Vorausgeschickt ist eine allgemeine Bibliographie, enthaltend die Ausgaben der Quellen, von denen vielleicht auch die Ausgabe des *Corpus juris* von Dionysius Gothofredus wegen der in den Noten aufgeführten reichlichen Parallelstellen erwähnt zu werden verdiente, ferner die bedeutenderen Commentare und Lehrbücher und die juristischen Zeitschriften, schliesslich auch noch die namhaften Werke der Hilfswissenschaften. Die einzelnen Fragmente der justinianischen Rechtsbücher führt Girard nach der immer mehr in Aufnahme kommenden sog. philologischen Citirmethode an. Er begnügt sich regelmässig nicht mit einem blossen Verweis, sondern schreibt die angezogenen Quellenstellen aus, was für jeden Leser angenehm, für den Studirenden aber geradezu nöthig ist.

Ein einleitendes Capitel sodann verzeichnet die römischen Definitionen von *jus* und *justitia*, denen Verfasser zwar keinen Werth beilegt, an die er aber doch erinnern zu müssen glaubte, beides mit Recht; es folgen die römischen Eintheilungen des Rechtes (*jus civile, gentium, naturale* u. s. w.); auch das *jus honorarium* wäre wohl zu erwähnen gewesen. Hier spricht sich auch Verf. über den Werth des Studiums des römischen Rechtes aus; er sieht denselben nicht nur darin, dass in ihm die Wurzeln des modernen Rechtes liegen, oder dass es für die Schulung des juristischen Denkens ein vorzügliches Lehrmittel ist, sondern vor allem in der Erziehung zum historischen Arbeiten.

Digitized by Google

Die äussere römische Rechtsgeschichte, von Girard Historische Einleitung genannt, ist mit wünschenswerther Kürze behandelt, namentlich was die staatsrechtlichen Einrichtungen betrifft. Für die XII Tafeln leugnet er mit vollem Rechte eine Einwirkung des griechischen Rechtes; ihre Bedeutung liegt vielmehr darin, dass mit ihnen zum erstenmale das geltende Privat-, Straf- und Processrecht gesetzlich festgelegt ist. Das *jus edicendi* der Magistrate ist gut entwickelt. Die Geschichte der Rechtsquellen und der römischen Rechtsliteratur ist für jede einzelne Periode übersichtlich dargestellt. Bei der justinianischen Codification hat Girard auch auf die Mittel und Wege, die Interpolationen zu erkennen, hinzuweisen nicht unterlassen.

Den Institutionen ist das gajanisch-justinianische System mit seiner Dreitheilung: *personae, res, actiones* zugrunde gelegt. Es wird ja neuerdings wieder bevorzugt (z. B. auch von Baron in seinem Institutionenlehrbuch); erst kürzlich noch ist Affolter (Das Institutionensystem) als ein eifriger Vertheidiger desselben aufgetreten. Doch hat Girard in einzelnen Punkten das System corrigirt, worüber er S. 8 Rechenschaft gibt. Aber die eine Folge des römischen Systems zeigt sich auch bei Girard, dass nämlich ein allgemeiner Theil fehlt. Freilich fehlen bei ihm die allgemeinen Lehren selbst nicht; sie sind nur an verschiedenen Stellen untergebracht. So finden wir die Lehre vom Irrthum und Zwang, ebenso die von den Bedingungen im allgemeinen Theile seines Contractsrechtes.

Verf. beginnt also mit dem Rechte der Personen, der natürlichen und darnach der juristischen. Für das erstere bestimmt sich die Eintheilung nach den drei *status: libertas, civitas, familia.* Das Familienrecht insbesondere umfasst auch das Vormundschafts- und das Eherecht, letzteres aber mit Ausschluss des Dotalrechtes. Dieses ist zusammen mit der Lehre von den Schenkungen an den Schluss des Privatrechtes gestellt.

Das Vermögensrecht (die *res* nach Girard) enthält die juristisch relevanten Eintheilungen der Sachen und das Sachenrecht, aber mit Ausnahme des Pfandrechtes, welches unter dem Gesichtspunkte der realen Sicherung der Obligation neben der persönlichen der Bürgschaft dem Obligationenrecht eingegliedert ist. Ueber das Obligationenrecht und das Erbrecht ist nichts weiter zu sagen. Unter den *actiones* wird das ganze Civilprocessrecht in geschichtlicher Entwicklung *(legis actio, formula, extraordinaria cognitio)* vorgetragen.

Der Text gibt durchgängig nur die Forschungsresultate des Verf.; das Quellenmaterial und der sehr umfangreiche wissenschaftliche Apparat ist in Anmerkungen, welche zum Theil selbständigen Werth haben (ich erinnere nur an S. 451, N. 4, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Haustochter betreffend), niedergelegt. Aus ihnen ergibt sich, welchen gewaltigen Arbeitsstoff Verf. bewältigt hat; wir überzeugen uns, dass das ganze *jus controversum* berücksichtigt ist. Gerade dieser Umstand macht einen sorgfältigen Index

Digitized by Google

wünschenswerth; wie ich durch persönliche Mittheilung erfahre, ist ein solcher für die bereits nöthig gewordene 2. Auflage des Manuel in Aussicht genommen. (Inzwischen ist die 2., durchgesehene und vermehrte Auflage erschienen; das versprochene, sehr genaue alphabetische Sachregister ist angehängt.)

Charlottenburg. Dr. Hugo Krüger.

---

31. Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs *naturalis obligatio*.

Ein psychologischer Versuch von Georg Frenzel. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1897. 51 S. 8°. Mk. 1.—

Verf., welcher schon 1892 eine Schrift mit dem Titel: „Recht und Rechtssätze. Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft" veröffentlicht hat, will in gegenwärtiger Abhandlung die Entstehung der römischen Naturalobligation ergründen und erklären.

Er verbreitet sich zunächst über den Rechtsbegriff der Naturalobligation, welchem er den „Gefühlsbegriff" gegenüberstellt; beide Begriffe sucht er aus den Quellen zu erweisen.

Der Rechtsbegriff tritt in den Quellen klar als solcher hervor, wie die im ersten Capitel zusammengestellten und nach gewissen Gesichtspunkten gruppirten Zeugnisse ergeben. Auf Einzelheiten einzugehen lediglich zu dem Zwecke, den juristischen Bestand der Naturalobligation und ihre juristische Bedeutung und Wirksamkeit im allgemeinen ausser Zweifel zu setzen, kann ich füglich unterlassen, da hierüber ja ohnehin alle einig sind. Deshalb halte ich auch dieses ganze Capitel der Schrift für entbehrlich; der Rechtsbegriff war als etwas Feststehendes vorauszusetzen. Was im Anschlusse an dasselbe zu sagen ist, beschränkt sich auf die Richtigstellung einiger Bemerkungen des Verf. S. 5 schreibt er, dass für die Wirkungen der Naturalobligation sich zum Theil gewisse *regulae juris* festgestellt haben, zum Theil aber nur die Rechtsansichten einzelner Juristen angeführt werden. Die letztere Behauptung belegt er mit drei Stellen. Zwei davon stammen aus den Responsensammlungen des Scaevola und des Paulus. Da in ihnen nur die eigenen Responsen dieser beiden Juristen niedergelegt sind, ihre Bescheide aber nicht nothwendig blos subjective Ansichten wiedergeben, sondern ebenso häufig auf anerkannten Rechtssätzen beruhen, so liegt mangels eines besonderen Beweises, den Verf. nicht antritt, kein Grund vor, ihre Aussprüche als blosse „Rechtsansichten" zu behandeln. In der dritten Stelle (Paulus, Dig. 35, 2, 1, 17) wird allerdings eine Ansicht Julian's erwähnt, welche derjenigen anderer, nicht genannter Juristen widerspricht. Aber der Streit dreht sich gar nicht um die Naturalobligation in ihrer Existenz, sondern um eine Frage, die nach ihrer Erfüllung, also erst nach ihrem Erlöschen eintritt: Gehören die Gelder, die der Natural-

Digitized by Google

schuldner geleistet hat, mit zur Erbschaftsmasse? Niemand wird das bestreiten wollen, und daher ergänzt Julian mehr die Meinung seiner Vorgänger, die nur an die noch bestehende Naturalobligation denken, als dass er ihnen direct entgegentritt. Ferner will Verf. anlässlich von Dig. 46, 3, 94, 3 beobachten, „wie die römischen Juristen an die Fälle des täglichen Verkehres mit dem juristischen Reagens der *naturalis obligatio* herangehen und die juristischen Bilder zu erkennen suchen, die sich dabei aus dem Falle entwickeln“; ich vermag von einer solchen Arbeit nichts zu sehen.

Doch genug hievon; wir wenden uns lieber dem quellenmässigen Nachweise des nichtjuristischen Begriffs der Naturalobligation zu. Bei Tryphonin, Dig. 12, 6, 64, ist vom *naturale jus* und *gentium jus* und daneben noch von der *debiti ratio naturaliter intelligenda* die Rede. Hier stellt Verf. mit Recht fest, dass, gleichwie in dieser Stelle *jus gentium* und *jus naturale* sich nicht mit dem positiven Rechte decken, so auch das *debitum naturale* als ausserhalb des positiven Rechtssystems stehend gedacht ist. Wir haben also unzweifelhaft den gesuchten „Gefühlsbegriff“ in den Rechtsquellen gefunden. So klar tritt er sonst kaum noch zutage. Verf. zählt S. 17 eine ganze Reihe von Stellen auf, in denen es nach ihm mehr oder weniger fraglich bleibt, ob *naturale debitum*, *naturalis obligatio* unmittelbare Pflichtempfindungen oder den Kunstbegriff im Organismus der Rechtssätze bedeuten. Unter diesen verdient hervorgehoben zu werden Dig. 5, 3, 25, 11, in der Ulpian von einer Naturalobligation des Beschenkten *ad remunerandum* spricht; wenn Verf. hier den Rechtsbegriff lieber ausschliessen will, so erkenne ich die von ihm angeführten Gründe an. Dagegen irrt er, wenn er dasselbe für Javolen's L. 40, §. 3, D. 35, 1 statuirt. Der Jurist entscheidet: *ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse.* Die Worte *secundum mentem testatoris* bringt Frenzel mit dem Worte *naturale* in engste Verbindung, und deshalb übersetzt er sie frei: nach Laienauffassung. Sie bedeuten aber hier wie sonst: nach der Meinung, der Absicht des Testators und beziehen sich auf den ganzen Satz, woraus erhellt, dass das *debitum naturale*, zumal im Gegensatz zum *debitum civile*, als juristische Naturalobligation zu nehmen ist.

Fragen wir nun, worauf die Naturalobligation, soweit sie nicht juristische Bedeutung hat, beruht, so antwortet Verf.: auf dem Pflichtgefühl. Das ist gewiss zutreffend; man kann dafür auch die *fides* einsetzen, um bei der römischen Terminologie zu bleiben. Denn auf der *fides* beruhen nicht nur klagbare Verträge, sondern auch und noch mehr die klaglosen, und die *fides* ist nicht von Anfang an ein wirkendes Rechtsprincip gewesen.

Welcher von beiden Begriffen der Naturalobligation, der juristische Kunstbegriff oder der der blos natürlichen, der sittlichen Auffassung, war nun zeitlich früher? Verf. entscheidet sich mit Recht für den letzteren, und er versucht, den Vorgang, wie aus dem Ge-

Digitized by Google

fühlsbegriff der Kunstbegriff wurde, so darzulegen, dass er als eine Folge allgemeiner psychologischer Gesetze erscheint. Dabei leitete ihn die Erkenntniss, dass die rein historische Quellenforschung den Vorgang nicht genügend aufhellen kann, was nicht bestritten werden dürfte. Bei seiner Beweisführung geht er von den Sclavengeschäften aus; zur Vermeidung von Missverständnissen muss aber ausdrücklich bemerkt werden, dass er im Sclavenverkehr nicht den historischen Ausgangspunkt der Naturalobligation findet, sondern ihn nur als das nächstliegende Beispiel herausgreift.

Auffällig ist, dass Verf. nur die ältere Literatur berücksichtigt; die wichtigste der letzten zehn Jahre wird kaum gestreift.

Charlottenburg. **Dr. Hugo Krüger.**

---

32. *Histoire du droit civil de la république athénienne.*

Par Beauchet Ludovic, professeur à la faculté de droit à Nancy. Paris 1897. 4 Bände.

Seit Beginn unseres Jahrhunderts wendet sich die wissenschaftliche Forschung mit steigendem Interesse der Klarstellung des Rechtes der alten Hellenen zu. War seither die Arbeit zumeist Philologen überlassen, so haben seit den Fünfziger-Jahren auch Juristen begonnen, mit Hand anzulegen. Und in der That bietet das hellenische Recht dem Juristen so viel und so vielerlei, dass eine Durchforschung desselben vom juristischen Standpunkte die schönsten Früchte in Aussicht stellt. Allerdings fällt der Löwenantheil der Beute dem Rechtshistoriker zu. Der Vergleich des griechischen Rechtes mit indischem, römischem, germanischem und slavischem Rechte wirft manchmal grelles Licht auf prähistorische Zustände und Vorgänge, die wir nicht pragmatisch feststellen, sondern nur hypothetisch erschliessen können. Welchen Einfluss weiter die Erkenntniss des griechischen Rechtes auf unsere Beurtheilung der geschichtlichen Entfaltung des römischen Rechtes auszuüben berufen ist, hat erst vor wenigen Jahren Mitteis in überzeugendster Weise dargethan. Aber auch der moderne Jurist findet seine Rechnung dabei; ihn wird die nahe Verwandtschaft griechischer und moderner Rechtsanschauungen sympathisch anmuthen. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Geschäftsverkehres, die kräftigen Ansätze zur Publicität des Realitätenverkehres, das Heraustreten des Handelsrechtes bieten breite Berührungsflächen zwischen dem griechischen Rechte und modernen Einrichtungen. Kein Zweifel, dass die hellenische Rechtsentwicklung, unbeengt von gesetzlich festgelegten Formalgeschäften, von Hause aus weit mehr den praktischen Bedürfnissen entgegenkam als die römische; kein Wunder auch darum, dass das ausgebildete römische Recht zahlreiche Institute der Griechen aufnahm und dass die römische Rechtspraxis der Invasion des hellenischen Rechtes weit mehr Raum gab, als die römische Gesetzgebung zugestehen oder die römische Rechtswissenschaft eingestehen mochte.

Digitized by Google

Wie die Stadt Athen im Brennpunkt des hellenischen Lebens stand, so ist es auch ihr Recht, das unser Interesse in erster Linie in Anspruch nimmt. Was die Anzahl und Verlässlichkeit der Rechtsdenkmäler betrifft, lässt das attische Recht die anderen griechischen Rechte weit hinter sich, und ist vor allem hier die Reconstruction mit Aussicht auf Erfolg zu versuchen.

Bekannt ist das abfällige Urtheil, das Cicero über das griechische Recht fällte. Dieses Urtheil ist nur insoferne gerechtfertigt, als es das griechische Recht nie zu ernstlicher wissenschaftlicher Erfassung brachte. Aber das Urtheil muss anders lauten, wenn wir solonische Gesetze oder auch nur das Gortyner Recht mit der Legislation der zwölf Tafeln vergleichen. Nicht zu Unrecht waren Drakon und Solon als Gesetzgeber im Alterthum hoch angesehen. Schon das Culturniveau, aus dem ihre Gesetze hervorgingen, war ein weit höheres als das der zwölf Tafeln. Als Solon seine Tafeln niederschrieb, war Hellas schon lange im Besitze der homerischen Gesänge und im Besitze einer vollendeten Sprache. Leicht, klar und lichtvoll ist der Stil der solonischen Gesetze gegenüber der ungelenken Sprache der Decemviri, und hoch steht schon in dieser Beziehung das drakonische Tödtungsgesetz. An sich wiegt auch das solonische Gesetz als Legislation schwerer als das römische Gesetz; aber das letztere ist die Grundlage einer grossartigen Fortentwicklung geworden, während das solonische Recht in den Jahrhunderten seiner Geltung trotz der euklidischen Neuordnung und mancher Neubildungen ohne innere Fortbildung blieb.

Mit der Ueberlieferung des solonischen Gesetzes und seines Inhaltes steht es im ganzen kaum schlechter als mit den zwölf Tafeln. Im Gegentheile: wir sehen in den uns überkommenen Sachwalterreden das solonische Recht vielfach in lebendiger Wirksamkeit, in anderen Denkmälern Anwendungen und Ueberlieferungen dieses Rechtes. Man darf kühnlich behaupten, dass wir vom solonischen Rechte mehr wissen als von den zwölf Tafeln.

An tüchtigen Einzelforschungen fehlte es auf dem Gebiete des griechischen Privatrechtes seit langem nicht mehr, aber einer zusammenfassenden, compendarischen Darstellung von juristischer Seite haben wir bisher entrathen. Allerdings haben Philologen es an solchen nicht fehlen lassen und kein Jurist wird den einschlägigen Arbeiten, wie denen Wachsmuth's und Thalheim's, seine Anerkennung versagen können. Vollends hat die in die Darstellung des Civilprocesses eingeflochtene Behandlung des Privatrechtes bei Meier-Schömann-Lipsius mit Recht Ansehen und autoritäre Geltung erlangt. Keinem Juristen wird aber anderseits entgehen, dass diese Arbeiten seinen Zwecken doch nicht vollauf gerecht werden. Das Rechtsleben ist eine besondere Seite des Culturlebens der Völker, eine Welt für sich, die doch überall auf die gleichen praktischen Grundlagen und Ziele abgestellt ist, mag sie noch so sehr von der Fülle des Nationalen und Besonderen durchtränkt sein. Vertrautheit mit diesen praktischen

Digitized by Google

Momenten gewährt nur die juristische Bildung, sie ist daher unentbehrlich zur sicheren Beurtheilung der überlieferten juristischen Realitäten des alten Hellas und zur glaubhaften Ausfüllung der erkennbaren Lücken der Ueberlieferung.

So muss wohl die Arbeit Beauchet's, die erste juristische Gesammtdarstellung des attischen Privatrechtes seit den Zeiten des Petitus, freudigst begrüsst werden, und die Freude erhöhen die zahlreichen Vorzüge, die sie auszeichnen. Der Verfasser, der bereits namhafte Verdienste um die historische Jurisprudenz aufzuweisen hat und vielseitiges juristisches Wissen besitzt, hat in der *Nouvelle revue historique* 1895 eine Studie über Polygamie und Concubinat in Athen erscheinen lassen und in erstaunlich kurzer Zeit darauf sein vorliegendes Hauptwerk veröffentlicht.

Auf gründlicher und erschöpfender Kenntniss des umfangreichen, vielfach schwierigen, zerstreuten und unter der Hand wachsenden Quellenmaterials hat Verf. unter Berücksichtigung aller wichtigeren literarischen Arbeiten der älteren und neueren Zeit sein Compendium des attischen Privatrechtes aufgebaut. Dass er dabei das in der modernen Privatrechtsdogmatik übliche System verwendet hat, unterliegt keinem ernstlichen Bedenken. Im 1. und 2. Bande werden das Familienrecht, im 3. das Sachen- und Erbrecht, im 4. das Obligationenrecht behandelt.

Der Verf. hat seine Darstellung auf den besonderen Theil beschränkt und die Voraussendung eines allgemeinen Theiles unterlassen. Es ist dies umsomehr zu bedauern, als hier eine Reihe von Fragen *ex professo* zu erörtern gewesen wäre, die Verf. theils nur incidenter, theils gar nicht bespricht. Ich verweise auf die Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere von dem Einflusse der Praxis und des Gewohnheitsrechtes, das internationale Privatrecht, die Verjährung, die *res iudicata*. Auch lässt sich wohl eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre für das attische Recht leicht zusammenbringen. Der enge Connex des öffentlichen und Civilrechtes, die eigenartige Abscheidung zwischen Strafrecht und Privatrecht und die enge Wechselbeziehung des Processes und materiellen Rechtes hätten in einem Lehrbuche nicht vermisst werden sollen, das über das ganze attische Privatrecht zu orientiren hat.

Durchaus zu billigen ist die zeitliche und örtliche Begrenzung des Stoffes. Der Hauptkern der Arbeit ist das attische Recht zur Zeit der Redner. Wie selbstverständlich ist, hat Verf. früheres und späteres attisches, sowie ausserattisches griechisches Recht ausführlich behandelt, wo es zur Klarlegung dienlich erschien. In der Vergleichung des römischen und modernen (französischen) Rechtes mit dem attischen hat Verf. alle gebotene Zurückhaltung beobachtet und sich nirgends von romanistischen oder modernen Rechtsideen in seiner Beurtheilung des attischen Rechtes beeinflussen lassen.

Mit besonderer Liebe hat Verf. das Familienrecht in allen seinen Theilen bearbeitet, und eine durchaus gerundete und sorgfältige Darstellung hat das Intestaterbrecht gefunden.

Digitized by Google

Wie es sich bei einer systematischen Darstellung von selbst versteht, bringt Beauchet fast in allen Theilen Ergänzungen und Vertiefungen der Ergebnisse der Forschungen seiner Vorgänger. Von dem Rechte der Aufstellung neuer Lehren hat er nur sparsam Gebrauch gemacht; wo sie aber begegnen, zeichnen sie sich durch gute Fundirung und kritische Sicherheit aus. Mit löblicher Selbstbeschränkung hat Verf. sich mit Wiedergabe fremder Ansichten und Argumente begnügt, wo er Besseres oder das Gesagte besser zu sagen nicht zu finden glaubt. Seine Auseinandersetzungen mit Meinungen anderer sind massvoll und seine Abwägung der Argumente überall besonnen und gerecht.

Dass der Gewinn an neuen Ergebnissen für die Wissenschaft nicht allzu gross ist, darf unsere Freude an dem Werke Beauchet's nicht mindern; es wird eine solide und dauerhafte Grundlage für alle weiteren Forschungen im Gebiete des attischen Privatrechtes bilden und bietet ein treues und verlässliches Bild von dem heutigen Stande der Wissenschaft. Mit Genugthuung muss noch hervorgehoben werden, dass der Verfasser in seiner vortrefflichen Vorrede eine Bearbeitung des attischen Civilprocesses in erfreuliche Aussicht stellt.

Prof. Dr. Hruza.

---

33. Das österreichische Marschallamt im Mittelalter.

Ein Beitrag zur Geschichte der Verwaltung in den Territorien des Deutschen Reiches.

Auf urkundlicher Grundlage dargestellt von Alfred Ritter v. Wretschko. Wien 1897. XXVI u. 263 Seiten.

Gegenstand des vorliegenden Buches ist die Geschichte eines Amtes, dessen besondere Wichtigkeit ausser Frage steht; denn der Landmarschall nahm als ein zugleich landesfürstlicher und ständischer Beamter eine staatsrechtlich bemerkenswerthe Doppelstellung ein und durch Jahrhunderte steht er an der Spitze des ganzen ständischen Organismus.

Vom Standpunkte der Wichtigkeit war somit die Wahl des Stoffes zweifellos eine glückliche; vielleicht aber nicht ganz im gleichen Masse glücklich, wenn man die Frage nach der Ergiebigkeit der Quellen in Betracht zieht. v. Luschin hatte nämlich in seiner „Geschichte des älteren Gerichtswesens" bereits die Grundzüge der Geschichte dieses Amtes gegeben und insbesondere (S. 83 ff.) nachzuweisen versucht, dass das Landmarschallamt aus einer Differenzirung entstanden sei, kraft deren das alte Marschallamt zu einem Erb- und Ehrenamte verknöcherte, während die noch zukunftsreichen Keime desselben auf zwei neue Aemter übergingen, auf das Hofmarschallamt und das Landmarschallamt. — Aus diesem Stande unserer Kenntnisse erwuchs nun die an sich dankbare Aufgabe, die Darstellung v. Luschin's urkundlich zu überprüfen, zu ergänzen und zu einem vollkommenen Bilde der Entwicklung auszugestalten. Wenn es nun

Digitized by Google

dem Verfasser trotz ausserordentlicher Bemühung nicht gelungen ist, wichtige Fragen, die sich noch an die Geschichte dieses Amtes knüpfen, abschliessend zu erledigen, so lag der Grund für dieses zum Theile negative Ergebniss in der Beschaffenheit der Quellen. Es wäre nur wünschenswerth gewesen, dass dort, wo die Quellen eine befriedigende Antwort versagen, dies mit grösserer Energie ausgesprochen und die Grenzen zwischen Erwiesenem und Combination überall mit Deutlichkeit bezeichnet worden wären. Die Unverdrossenheit aber, mit welcher alles nur erreichbare gedruckte und ungedruckte Material durchforscht wurde, kann kaum genug anerkannt werden. Sie hat zu einer Reihe von Ergebnissen geführt, welche nicht blos unsere Kenntniss vom Landmarschallamte wesentlich ergänzen, sondern auch über andere Fragen der Verwaltungsgeschichte neues Licht verbreiten.

Die Schrift zerfällt — abgesehen von Einleitung und Anhang — in zwei Theile, deren erster die „Geschichte des Marschallamtes in Oesterreich", deren zweiter das „amtliche Schaffen des Landmarschalles" behandelt. Während also der erste Theil die Entstehung der drei verschiedenen Aemter aus dem alten Marschallamte entwickelt, bespricht der zweite Theil die Competenzen des Landmarschallamtes allein. Die Competenzen der beiden anderen Aemter werden im geschichtlichen Theil erörtert und die eingehendere Geschichte des Hofmarschallamtes ist in den Anhang verlegt. — Zugegeben, dass das Landmarschallamt mit Recht das Hauptproblem der Schrift bildet, so scheint dennoch diese Gliederung des Stoffes anfechtbar und geeignet, die Uebersichtlichkeit zu erschweren.

Die Einleitung (S. 1—16) handelt von den historischen Grundlagen der österreichischen Landeshoheit, und zwar in durchaus zutreffender Weise und mit Benützung der neuesten Literatur. Nur die Bemerkung (S. 7) über die Bedeutung des *Privilegium minus* erscheint anfechtbar. Im übrigen wird man dem Autor hier und andern Ortes im Buche kaum die Ausserachtlassung irgend einer relevanten Frage nachweisen können, weit eher die zu eingehende Erörterung solcher Fragen, die mit dem Gegenstande nicht immer in einer nothwendigen Beziehung stehen.

Der erste Abschnitt des ersten Theiles behandelt „das Marschallamt als älteres Hofamt und dessen Umbildung zu einem Erbamte". Zunächst werden die vier Hausämter im allgemeinen besprochen. Es wird mit guten Gründen wahrscheinlich gemacht, dass diese Aemter schon seit den ältesten Zeiten mit Ministerialen besetzt waren, für die Zeit seit dem 12. Jahrhundert aber hiefür der urkundliche Beweis erbracht. In trefflicher Weise wird dann die Fortentwicklung zum Landeserbamt begründet, in welchem die repräsentative Seite vorherrscht.

Hierauf wendet sich der Verfasser speciell dem Marschallamte zu, weist die ursprünglichen Competenzen dieses Amtes nach und zeigt hierauf, wie dieser Beamter infolge seiner militärischen Stellung

Digitized by Google

zum obersten Executivorgan des Landes werden musste. — Diese Ausführung gehört wohl zu den besten des Buches und ihr Werth wird durch die Erörterung über die Natur des Marchfutteramtes (S. 38 ff.) noch erhöht. Hierauf folgen die auf mühevollen urkundlichen Forschungen ruhenden Nachweise über die erste Erwähnung des Amtes, über dessen Umgestaltung zu einem Landeserbamte seit Leopold VI. und über die Reihenfolge der Landes-Erbmarschälle bis zum Schlusse des Mittelalters. Das nunmehrige Landes-Erbmarschallamt hat nur repräsentative Functionen, welche der Verfasser S. 51 bis 56 erörtert.

Im zweiten Abschnitte S. 57—79 handelt es sich um die wichtigste Frage aus der Geschichte dieses Amtes, um die „Fortbildung des Marschallamtes zu einem Hof- und Landmarschallamt". v. Luschin hatte — wie bereits erwähnt — die spätere Dreitheilung aus einer Differenzirung, die innerhalb des ursprünglich einheitlichen Amtes vor sich ging, erklärt und (S. 84 seiner „Geschichte des älteren Gerichtswesens") der Meinung Ausdruck gegeben, dass diese Dreitheilung schon in den Zeiten Herzog Albrecht I. entstanden sei. R. v. Wretschko versucht nun zunächst den Nachweis, dass diese Dreitheilung unter Albrecht I. noch nicht bestanden hat. Er betont deshalb, dass Hermann von Landenberg, der unter Herzog Albrecht I. neben Stephan von Meissau wirkte, zwar auch eine staatliche Wirksamkeit entfaltete, dass aber „Ausgangspunkt immer sein Hofamt eines Hofmarschalls" war (S. 72). Dietrich von Pilichdorf, welcher nach Landenberg's Tod († 1306) dessen Nachfolger wurde, nennt sich zwar immer öfter „Marschall in Oesterreich" anstatt „Hofmarschall". Aber auch diesen will der Verfasser nicht als Landmarschall gelten lassen. Dazu waren dessen Competenzen zu wenig umschrieben, der Hofdienst war vom staatlichen Verwaltungsdienst noch immer nicht getrennt. Pilichdorf stirbt 1326. Sein Nachfolger im Amte ist Graf Ulrich von Pfannberg, seit 1330 als Marschall des Herzogs Albrecht II. nachweisbar. Bevor nun dieser ins Amt trat, noch im Jahre 1326 soll nach Wretschko, S. 75, die wichtige Veränderung im Amte eingetreten sein: „die principielle Loslösung des in demselben enthaltenen staatlichen Geschäftskreises von den rein hofämtlichen Beziehungen." — Sehen wir nun ganz davon ab, dass eine solche „principielle" Loslösung für die Zeit, die wir betrachten, deshalb ganz unwahrscheinlich ist, weil dieser Zeit ein volles Bewusstsein der wesentlichen Verschiedenheit zwischen Staatsdienst und Hofdienst sicher gefehlt hat, so bleibt noch die Hauptfrage unbeantwortet, aus welchem Grunde eben das Jahr 1326 als das Geburtsjahr dieser — sagen wir — „bleibenden Differenzirung" anzusehen ist? — Da man im Buche nach einem urkundlichen Nachweis für das bezeichnete Jahr vergeblich sucht, so müsste doch zum mindesten für den nächsten Inhaber des Amtes, für Graf Ulrich von Pfannberg (1330—1354) der Nachweis erbracht werden, dass er Competenzen hatte, die sich mit denjenigen des späteren

Digitized by Google

Landmarschalls deckten. Wir erfahren aber nur von Functionen, die sich in ihrer Abgrenzung von denjenigen der Vorgänger nicht unterschieden und S. 77 lesen wir sogar von diesem Beamten, dass infolge seiner vielfältigen Thätigkeit „die Wirksamkeit auf dem Gebiete der Verwaltung des Landes Oesterreich umsomehr in den Hintergrund trat, als er seit 1355 auch Landeshauptmann von Kärnten war". — Nehmen wir hinzu, dass erst Hermann von Landberg (1358—1360), der Nachfolger des Pfannberg unter Herzog Rudolf IV., sich des Titels „Landmarschall" bediente, so fehlt jeder zwingende Beweis für die Annahme, dass sein Vorgänger der erste Landmarschall gewesen sei.

Wenn aber die Entstehungsgeschichte der Dreitheilung des Amtes durch die Ausführungen des Autors nicht für erledigt gelten kann, so bleibt es andererseits sehr fraglich, ob nach Beschaffenheit der Quellen hier eine nähere und zuverlässige Antwort überhaupt möglich war. Umso bemerkenswerther ist es, dass eben dieses Capitel sehr wichtige Aufklärungen über die Anfänge der Centralverwaltung in Steiermark, Oberösterreich, Kärnten und Krain darbietet. Wir wissen nunmehr, dass infolge der dauernden Abwesenheit des Landesfürsten das Amt des Landeshauptmannes in diesen Ländern aus der Statthalterschaft erwuchs, während in Oesterreich unter der Enns, wo der Herzog zumeist Hof hielt, eine solche Delegation von Regierungsbefugnissen an den Landmarschall oder an andere Personen nur zeitweise stattfand. Als später infolge gehäufter Geschäfte der Herzog auch hier eine dauernde Delegation vornehmen musste, war der Landmarschall schon an die Spitze der Stände getreten und hatte damit aufgehört, ein genügend verlässliches Werkzeug obrigkeitlichen Willens zu sein. Daher werden hier schon im 15. Jahrhundert collegial organisirte Statthalterschaften fallweise eingesetzt. Sie sind die Vorläufer der permanenten Centralbehörden von Maximilian I.

Im zweiten Theile des Werkes bespricht der Verfasser die Competenzen des Landmarschalls, sein „amtliches Schaffen"; zunächst aber in Ausführungen, deren Einordnung an dieser Stelle allerdings anfechtbar ist, das Dienstverhältniss des Landmarschalls. Es wird gezeigt, dass in der Ostmark trotz aller Feudalisirung eine Reihe von Organen von Anfang an frei absetzbar blieb, und oft, insbesondere seit Albrecht I. die Tendenz dahin ging, die Anzahl dieser frei ein- und absetzbaren Beamten im Interesse der landesfürstlichen Gewalt zu vermehren. Insbesondere waren auch die Landeshauptleute, Landvögte und der Landmarschall in dieser Weise eingesetzt. Der Verfasser berührt hier den von A. Schulte nachgewiesenen Zusammenhang zwischen der von den deutschen Königen geschaffenen Reichslandvogteiverfassung und den Verwaltungseinrichtungen der Vorlande und erörtert die anschliessende Frage, inwieweit besonders in der Epoche Albrechts I. die Organisation der Vorlande auf diejenige der übrigen österreichischen Länder eingewirkt hat.

Es folgt die Behandlung der militärischen Functionen des Landmarschalls, und zwar im Zusammenhange mit der Gesammtgeschichte

Digitized by Google

der Heeresverfassung. Die Ausführungen über die freien Kriegsdienstverträge, die der Herzog wegen Unzulänglichkeit der Heeresverfassung schon seit dem 14. Jahrhundert abschliesst, und über die Rückwirkung, welche diese Entstehung eines Privatheeres auf die Stellung des Landmarschalles üben musste, sind unseres Wissens in dieser Vollständigkeit und in dieser Verbindung neu.

Nach Besprechung der polizeilichen Thätigkeit geht der Verfasser auf die richterlichen Functionen des Landmarschalls über. Hervorzuheben ist hier (S. 125) die Behauptung, dass der Landmarschall „unter Albrecht V. namentlich während der Abwesenheit des Landesfürsten, aber auch sonst, als dessen natürlicher Stellvertreter im herzoglichen Hofgericht galt, soferne nicht ein eigener Hofrichter bestellt oder eine andere Person fallweise mit dieser Function betraut war". In anderer Weise formulirt dies v. Luschin (a. O. S. 100), der nur davon spricht, dass der Landmarschall „häufig" diesen Vorsitz führte. Auch hier vermag ich R. v. Wretschko nicht beizupflichten. Da nämlich das „herzogliche Hofgericht" im Gegensatze zur ständischen Gerichtsbarkeit die persönliche Gerichtsbarkeit des Landesfürsten repräsentirte, so leidet die Annahme, dass der Landmarschall, der damals schon an der Spitze der Stände war, der „natürliche" Stellvertreter des Landesfürsten in dessen Gericht war, an grosser innerer Unwahrscheinlichkeit. In der That erscheinen die vom Verfasser in den Anmerkungen 245 und 245*a* citirten Urkunden nicht beweiskräftig. Im Falle der Urkunde Nr. 32 wird allerdings der Landmarschall zum Vorsitzenden des Hofgerichtes bestellt, obwohl ein Jahr vorher Stephan von Hohenberg zum Hofrichter ernannt worden war. Es handelte sich aber um eine Rechtssache, in welcher Hohenberg Processpartei war, also unmöglich als Vorsitzender fungiren konnte. In der zweiten Urkunde Nr. 35 wird dem Untermarschall Hans Stockhorner, als er zum Verweser des Landmarschallamtes bestellt wurde, allerdings die Vollmacht ertheilt, über alle Appellationen zu entscheiden, wenn die vom Herzoge mit der unmittelbaren Vertretung betrauten Anwälte dies nicht selbst thun wollten. Aber Stockhorner gehörte selbst zu den Anwälten (vgl. Kurz, Oesterreich unter Albrecht II., Bd. II, S. 354) und hatte infolge dessen gesteigerte Gewalten.

Die Ausführungen über die Beziehungen des Landmarschalls zu den Ständen (S. 145—148) hätten doch wohl inhaltsreicher gestaltet werden können. Ein Vergleich mit der ausführlichen Schlusserörterung über den herzoglichen Rath legt diesen Wunsch besonders nahe. Abgesehen davon darf aber dieser Schlussabschnitt über den herzoglichen Rath als besonders werthvoll bezeichnet werden. Die Frage nach der Beziehung des Landmarschalls zum herzoglichen Rathe bot dem Autor Veranlassung, die Geschichte dieser Institution nicht blos auf Grund der vorhandenen Literatur, sondern auch mit Hilfe urkundlicher Quellen, insbesondere der Kanzleivermerke näher zu untersuchen. Gewonnen wurde dadurch die best-

Digitized by Google

fundirte Gesammtdarstellung, die wir von der mittelalterlichen Geschichte dieses Institutes besitzen.

Wien, im April 1898. **Sigmund Adler.**

---

34. Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung von Friedrich Stein bearbeitet von L. Gaupp. 3. Auflage. Verlag von J. B. Mohr, 1896 ff. Lieferung 1—18.

Der Commentar zur deutschen Civilprocessordnung von Gaupp hat schon in seiner ersten und noch mehr in seiner zweiten Auflage reiche Anerkennung erfahren. Für die dritte Auflage hat sich Gaupp der Mitwirkung eines der hervorragendsten deutschen Processualisten versichert, Friedrich Steins, dem die Literatur namentlich das werthvolle Werk über „das private Wissen des Richters" verdankt, ein Buch, in welchem eine ausserordentlich werthvolle Förderung der wichtigen und schwierigen Beweislehre erblickt werden kann. Kein Wunder, dass diese Mitarbeit dem Commentare sehr wesentlich zugute kam; war er schon früher bedeutend, so schreitet er jetzt wohl an der Spitze der gleichartigen Bücher — ein Lob, das um so schwerer wiegt, je tüchtiger gar mancher andere Commentar zur deutschen Civilprocessordnung (z. B. der von Seuffert) ist.

Wenn in dieser Zeitschrift in so kräftigen Worten auf den Commentar von Gaupp-Stein hingewiesen wird, so geschieht dies nicht blos um seiner Bedeutung für das deutsche Civilprocessrecht willen. Vielmehr möchte der Referent das Buch namentlich den österreichischen Juristen sowohl zur unmittelbaren als zur mittelbaren Verwerthung empfehlen.

Die unmittelbare Verwerthung desselben ist den heimischen Juristen durch die neue österreichische Civilprocess-Gesetzgebung ermöglicht. So verschieden auch vielfach die Grundanlage derselben von jener der deutschen Civilprocessordnung ist, so liegen die Differenzen doch im wesentlichen auf dem Gebiete des formellen Processrechts (des Processbetriebes, der Processleitung, des Zustellungswesens u. dgl.); das materielle Processrecht ist in beiden Rechtssystemen wenigstens für die erste Instanz in allen Hauptzügen gleichmässig geordnet, und so können die Resultate deutscher Forschung hier eine unmittelbare Verwerthung finden. Geschieht dies, so kann Oesterreich manche Kinderkrankheiten ganz vermeiden, welche andernfalls mit einer solchen Revolution des Civilverfahrens nothwendiger Weise verbunden sind, wie sie Oesterreich jetzt erlebt. Der angezeigte Commentar ist nun wie kaum ein anderes Buch geeignet, den österreichischen Praktikern die Resultate der deutschen Wissenschaft und Judicatur zu vermitteln. Denn er beherrscht die Literatur und Judicatur vollständig, liefert auch eingehende Nachweise über dieselben, und bietet klar und übersichtlich eine reiche Casuistik in wissenschaftlicher Durcharbeitung.

Digitized by Google

So möchte Referent insbesondere die geradezu classisch klaren Darstellungen zu §. 255 (über Beweis im Allgemeinen), zu §. 259 (über freie Beweiswürdigung), zu §. 284 (über den Thatbestand), zu §. 293 (über die Rechtskraft des Urtheiles) hervorheben.

Die mittelbare Verwerthung des Gaupp-Stein'schen Commentars kann durch seine Verwendung als Muster für literarische Arbeiten geschehen. Die österreichische civilprocessuale Literatur wächst an — bisher meistens von Praktikern herrührenden — Arbeiten und jetzt auch schon an Tüchtigkeit derselben stattlich an. Ihr möchte der Referent den angezeigten Commentar als Muster darstellen. Nicht blos als unerreichbares Ideal; denn gar manche österreichischen Publicationen (z. B. jene von Neumann und Sperl) sind auf dem richtigen Wege. Aber der gute Führer ist für manche andere Autoren noch sehr nützlich. Namentlich kann man von Gaupp und Stein den Respect vor fremden Leistungen und infolge dessen ihre Citirung und wirkliche Verarbeitung, ferner die sorgfältige Disposition des ungeheueren Stoffes lernen, der nun in Oesterreich bearbeitet werden muss.

Mit diesen Bemerkungen ist der Zweck dieser Anzeige im wesentlichen erfüllt; deutschen Lesern das Buch zu empfehlen, das ihnen ohnedies sehr gut bekannt ist, hält der Referent wohl mit Recht für überflüssig. Und er möchte es auch vermeiden, seine Empfehlung durch allzustarke Hervorhebung mancher kleinerer Schwächen der Schrift, z. B. ihres Fernhaltens von nicht unmittelbar praktischen Fragen, zu schwächen. Es ist ohnedies nicht zu häufig, dass man ein Werk aus vollem Herzen loben kann; daran soll man sich die Freude nicht verderben.

In Detailfragen stimmt der Referent mit den Autoren begreiflicher Weise nicht immer überein. So glaubt er z. B. — namentlich für die österreichische Civilprocessordnung, welche das Moment der materiellen Wahrheit mehr in der Vordergrund stellt als die deutsche — an seiner Auffassung des gerichtlichen Geständnisses als eines Beweismittels festhalten zu sollen, so sehr vereinzelt er mit dieser Auffassung steht (s. die Nachweise bei Gaupp-Stein, I, S. 577, Anm. 3); er glaubt damit die Lebensverhältnisse, die wahre Absicht der Parteien richtiger getroffen zu haben als seine Gegner, welche darin einen Verzicht auf den Beweis der betreffenden Thatsachen erblicken.

Ebenso vermag er der Ansicht nicht zuzustimmen, dass eine in den Urtheilstenor aufgenommene Entscheidung des Gerichtes der Rechtskraft nicht theilhaftig werde, wenn die Entscheidung ohne Antrag, z. B. ohne Feststellungsantrag erging (I, S. 649). Der richtige Weg zur Abhilfe wider solche Ueberschreitungen der Parteianträge ist seines Erachtens vielmehr, wie Gaupp-Stein selbst lehren, die Einlegung der Berufung und Revision. Versagt dieses Hilfsmittel, so entsteht allerdings eine Inconcinnität zwischen der Norm *(ne eat judex ultra petita partium)* und ihrer Ausführung;

Digitized by Google

aber es kommt ja auch sonst vor, dass ein Urtheil (materiell) statt Recht Unrecht schafft, und wir müssen um der Rechtssicherheit willen diesen Mangel über uns ergehen lassen. Es ist immer noch besser, jede urtheilsmässige Entscheidung eines privatrechtlichen Anspruchs der Rechtskraft theilhaftig werden zu lassen, auf die Gefahr hin, dass hie und da eine solche ohne Antrag ergangen ist, als in jedem einzelnen Falle zur Prüfung der Rechtskraft die Klage oder gar den — möglicher Weise schon von amtswegen vernichteten — Processact heranziehen zu müssen.

Auf S. 331 des zweiten Bandes lehren die Verfasser, dass die Gegenseitigkeit hinsichtlich der Vollstreckbarkeit der Urtheile zwischen Oesterreich und Deutschland durch §. 81 der österreichichen Executionsordnung aufgehoben sei; diese Bemerkung ist inzwischen durch den Austausch entsprechender Regierungserklärungen (s. österr. R. G. Bl. Nr. 287 ex 1897) unrichtig geworden, die Gegenseitigkeit ist neuerlich verbürgt.

Mit der Hervorhebung dieser Bedenken, denen etwa noch das eine oder andere angereiht werden könnte, soll das oben abgegebene Urtheil über das angezeigte Werk nicht abgeändert werden. Möge der Commentar, welcher nun bis zum §. 755 C. P. O. reicht, dessen erster Band (XXVII und 890 S.) vollständig erschienen ist, und von dessen zweitem Band schon 512 Seiten vorliegen, baldigst vollendet[1]) und in Deutschland und in Oesterreich sehr verbreitet werden.

Privatdocent Dr. Pollak.

---

35. Strafrechtliche Abhandlungen.

Unter Mitwirkung von mehreren Professoren herausgegeben von Professor Dr. Hans Bennecke in Breslau. Schletter'sche Buchhandlung. Heft 2—11.

Die Sammlung umfasst eine Reihe von Seminararbeiten, die von Professoren zur Drucklegung empfohlen wurden. Tragen sie auch alle den Charakter von Erstlingsarbeiten an sich, so muss doch bei einzelnen, wie bei den Schriften von Jordan und Schierling, anerkannt werden, dass sie mit ihrer erschöpfenden und klaren Darstellung des behandelten Themas einen Gewinn für die strafrechtliche Literatur bedeuten. Im einzelnen ist ihr Inhalt wesentlich folgender:

Heft 2 enthält Untersuchungen von Reinhold Bernau über den Begriff des gefährlichen Werkzeuges im § 223 *a* R. St. G. B. Werkzeug ist ihm jeder Gegenstand, welcher der menschlichen Hand zur mechanischen Einwirkung auf den Körper eines anderen dienen kann, gefährlich ein Werkzeug, wenn zwischen der erkennbaren Beschaffenheit und der Anwendungsart desselben einerseits und dem Eintritte einer Gesundheitsbeschädigung andererseits auf Grund allgemeiner Erfahrungen ein Causalzusammenhang denkbar ist.

[1]) Nach Drucklegung dieser Anzeige ist der Commentar vollendet worden.

Digitized by Google

Das Doppelheft 3/4 bringt die von der Münchener juristischen Facultät gekrönte Preisschrift Friedrich Dörr's über das Object bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Objecte sind dem Verfasser Interessen, mag auch keine Verletzung formaler Vermögensrechte vorliegen. Jene Theorie, welche in den Vermögensdelicten einen Angriff auf formale Vermögensrechte erblickt, bezeichnet er als Eigenthumsdelictstheorie, jene, die das wirthschaftliche Vermögen überhaupt als Object hinstellt, als Vermögensdelictstheorie. Praktische Consequenzen hat dieser Streit nur bei der Entziehung werthloser Gegenstände, welche Dörr nach ausführlicher Polemik mit Gebauer's Arbeit über dasselbe Thema straflos lassen will. Die Schrift Dörr's leidet, abgesehen von ihrer übermässigen Breite, unter dem Streben, alle Lesefrüchte zu verwerthen.

Im Heft 5 handelt Heinrich Jordan vom Stimmenkauf im Actienrechte (Art. 249 *e* des [alten] Handelsgesetzbuches). Die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 habe ein Gefährdungsdelict geschaffen. Schon diejenige Aeusserung gesellschaftsfeindlicher Gesinnung werde unter Strafe gestellt, welche dadurch zum Ausdrucke gelangt, dass der Actionär für Geschenke einem anderen das Verfügungsrecht über seine Stimme einräumt und somit seinen Vortheil über den der Gesellschaft setzt. Aus diesem legislativen Motiv heraus wird das Delict des Stimmenkaufes dogmatisch entwickelt. Das neue deutsche Handelsgesetzbuch hat seither in Uebereinstimmung mit der von Jordan für das frühere Recht aufgestellten Ansicht im § 317 die Strafbarkeit der gegen Entgelt erfolgten Stimmenthaltung und die des Stimmenkäufers ausdrücklich statuirt.

Im Heft 6 widmet sich James Goldschmidt der Strafbarkeit der widerrechtlichen Nöthigung (§ 240 R. St. G. B.). Er zeigt an einem drastischen Beispiel, dass im R. St. G. B. das Geldinteresse im Vergleiche zu den übrigen Lebensinteressen eine zu grosse Rolle spielt. Der Thatbestand des § 240, wonach zur Strafbarkeit die Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen erforderlich ist, sei zu eng; Goldschmidt will nur die widerrechtliche Nöthigung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung (ebenso § 98 des österr. St. G.) fordern. Widerrechtlich sei jene Nöthigung, bei welcher entweder der Nöthigungszweck oder das Nöthigungsmittel oder die Verbindung eines an sich berechtigten Zweckes und Mittels widerrechtlich sei.

Heft 7 bringt aus der Feder desselben Verfassers eine Abhandlung über die Lehre vom beendigten und unbeendigten Versuch. Beendigter Versuch liege vor, wenn die verbrecherischen Handlungen soweit gediehen waren, dass der rechtswidrige Erfolg nur noch durch eine neue Thätigkeit des Delinquenten selbst oder durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand abgewendet werden konnte und eine dieser Eventualitäten thatsächlich eingetreten ist.

Im Heft 8, einer von der Universität Halle gekrönten Preisschrift, handelt Emil Schierling von der Bekämpfung des Sclaven-

Digitized by Google

raubes und Sclavenhandels seit Anfang dieses Jahrhunderts. Die Ergebnisse der Berliner Congo-Conferenz und der Brüsseler General-Acte werden in gefälliger und erschöpfender Art entwickelt.

Heft 9, 10 und 11 enthalten Kleinigkeiten. Kurt Löwenheim hebt für den Vorsatz des Anstifters hervor, dass es genüge, wenn der Anstifter den Erfolg der vom Thäter zu begehenden, keineswegs aber auch den Erfolg der thatsächlich begangenen That sich vorgestellt, bezw. gewollt habe. Karl Klee behandelt die Streitfrage, ob zum Vorsatze das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei, ohne sichtbaren Vortheil. Arthur Schlosky gibt eine dogmatische Darstellung des Mundraubes nach § 370 ⁶ R. St. G. B. ohne wesentlich neue Gesichtspunkte.

Privatdocent Dr. Lenz.

---

36. Zur Geschichte des deutschen Rechtes in Podolien, Wolhynien und der Ukraine.

Von Dr. Alfred Halban, Professor an der k. k. Franz-Josefs-Universität in Czernowitz. Berlin, Prager XII. 136 S. 1896. 4 Mk.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass Untersuchungen, die sich mit der Frage der Ausbreitung und Fortbildung deutschen Rechtes in ausserdeutschen Ländern beschäftigen, einen werthvollen Beitrag zum Verständnisse des deutschen Rechtes überhaupt zu liefern geeignet sind. Denn gerade die Erkenntniss, welche Rolle einzelne Rechtsbegriffe und Einrichtungen im Auslande gespielt haben, welche Widerstandskraft sie unter verschiedenen Umständen fremden Rechtseinflüssen gegenüber an den Tag gelegt, in welcher Weise sie sich auf fremdem Boden fortentwickelt haben, vermag unser Urtheil über den inneren Werth dieser Begriffe und Einrichtungen in hohem Masse zu beeinflussen.

Wir besitzen denn auch schon mancherlei Arbeiten, die sich mit der Frage des Vordringens deutscher Rechtsgedanken nach dem Osten beschäftigen, und oft haben Schriftsteller die hervorragende Culturmission beleuchtet, die dem deutschen Rechte in den slavischen Ländern zugefallen ist. Für Polen und Russland rühren derartige Untersuchungen meist lediglich von einheimischen Historikern und Juristen her, die sich eigentlich nur die Aufgabe gestellt haben, den Einfluss des deutschen Rechtes auf den Gang der nationalen Rechtsgeschichte nachzuweisen, während die Beziehungen dieses in fremde Erde verpflanzten Rechtes zur Heimat, die innere Entwicklung desselben im fremden Lande keiner eingehenden Beachtung gewidmet wurden.

So können wir es nur mit Freude begrüssen, dass Halban, auf der Suche nach canonistischen Handschriften in den Archiven und Bibliotheken des russischen Reiches begriffen, auch der Entwicklung des deutschen Rechtes daselbst seine Aufmerksamkeit zugewendet und

Digitized by Google

es vorerst unternommen hat, dem städtischen Leben Südwestrusslands näher zu treten. Er fand nämlich im Centralarchive zu Kiew ein umfangreiches Actenmaterial aus den mit deutschem Rechte bewidmeten Städten der drei Gouvernements Kiew, Wolhynien und Podolien. Gerade diese Actenstücke sind geeignet, das Interesse des Germanisten zu beanspruchen; denn sie gehören fast durchwegs solchen Gebieten an, denen deutsche Colonisation nahezu vollständig gefehlt hat, wo demnach deutsches Recht ohne deutsche Bevölkerung, daher losgelöst von allen nationalen Verhältnissen nicht als ein historisch gewordenes, vielmehr als ein ohne besondere Anpassung nur wegen seiner bedeutenden inneren Vorzüge von aussen hereingetragenes Recht jahrhundertelang in Geltung gewesen ist.

Wir haben es freilich noch nicht mit einer abschliessenden Untersuchung über das deutsche Recht in den Städten Südwestrusslands zu thun; eine solche wäre bei den geringen Vorarbeiten heute überhaupt noch nicht zu geben. Halban bringt uns lediglich eine Information über diese eigenartigen Rechtsverhältnisse und knüpft daran ein Programm für allfällige weitere Forschungen auf diesem Gebiete. Er orientirt uns daher zunächst in eingehender Weise über das Centralarchiv von Kiew, insoweit dessen Bestände hiefür in Betracht kommen. Dann aber bespricht er in je drei weiteren Abschnitten zuerst die Bedeutung des deutschen Rechtes für Südwestrussland überhaupt und gibt uns dann eine Uebersicht über die daselbst geltenden Rechtsquellen, wie auch über die Praxis der städtischen Behörden. Dabei handelt es sich zum Theile um ganz neue Erscheinungen, zum Theile aber um Thatsachen, die von polnischen und russischen Schriftstellern schon längst erkannt und festgestellt wurden, deren Arbeiten jedoch, weil nicht in deutscher Sprache abgefasst, nur dem kleinsten Theile der deutschen Forscher zugänglich sind. Vielfach von einem ganz einseitigen Standpunkte angestellt, können diese Betrachtungen einheimischer Autoren einer weiter ausgreifenden Forschung nicht völlig standhalten; sie mussten daher von Halban in so manchem Punkte ergänzt und berichtigt werden.

Fassen wir im folgenden in Kürze die Ergebnisse heraus, zu welchen Halban gelangt ist, so stehen wir vor der eigenthümlichen und vom Standpunkte der deutschen Rechtsgeschichte gewiss interessanten Thatsache, dass die Einführung des deutschen Rechtes in den mehrerwähnten Gebieten in einem Augenblicke geschah, als das städtische Leben sich daselbst in harter Bedrängniss und Noth befand und dem Untergange nahe stand. Mit den Fortschritten der litthauischen Herrschaft in den west- und kleinrussischen Landschaften gelangte nämlich daselbst auch die kriegerische Verfassung Litthauens zum Durchbruche und das Lehenwesen hielt seinen Einzug. Die alte Landschaftsverfassung aber, deren Mittelpunkt das städtische Element bildete, ging wenigstens in Podolien und Wolhynien rasch der Auflösung

Digitized by Google

entgegen. Die Macht im Lande fiel jener Classe der Bevölkerung zu, die in erhöhtem Masse zu Kriegsdiensten herangezogen wurde, und die erste Rolle spielte daher fortan das fürstliche Kriegs- und Dienstgefolge. Je mehr sich dasselbe zu einem Stande mächtiger Grundherren ausgestaltete, desto grössere Gefahr bestand für die städtische Autonomie. Ja, die Städte gingen, ohne dass von ihrer Seite dagegen viel angekämpft worden wäre, der Auflösung oder der Unterjochung unter die Gewalt der Grossgrundbesitzer entgegen, wie dies bei der ländlichen Bevölkerung schon vorher geschehen war. Den Landesfürsten aber konnte dies nicht gleichgiltig sein. In Erkenntniss der hervorragenden militärischen und volkswirthschaftlichen Bedeutung des Städtewesens versuchten sie daher die Rechtslage der Städte zu bessern, und um dies zu erreichen, entschlossen sie sich, ihnen das in Polen schon längst erprobte deutsche Recht zu verleihen. Dadurch erlangten dieselben aber keineswegs gleiche Stellung mit den Städten im deutschen Reiche. In erster Linie handelte es sich eben dabei um militärische Interessen. Ihre Autonomie war noch lange Zeit hindurch eine sehr beschränkte, die Gerichtsbarkeit blieb in den Händen landesfürstlicher oder gutsherrlicher Beamten und ging erst im Laufe der Jahrhunderte auf die Stadt selbst über. So bestand die wichtigste juristische Folge dieses Processes in der Einführung des deutschen Rechtes in das Rechtsleben der Städte; dadurch aber war ihre Selbständigkeit und daher auch ihr Fortbestand gesichert.

Die Fortbildung dieses Rechtes wurde durch mancherlei Umstände stark beeinflusst. Die Verleihung des deutschen Rechtes erfolgte nämlich in litthauischer, wie auch in polnischer Zeit durchaus nicht in gleichmässiger Weise. Bald beauftragte der Fürst, ohne die Einwohner zu fragen, seine Vögte, in einer bestimmten Ortschaft nach deutschem Rechte zu richten. Häufiger allerdings geschah die Bewidmung über Ansuchen der Einwohner. Es war in der Regel Magdeburger oder Kulmer Recht, das zur Anwendung gelangte, ohne dass dies jedoch in der Verleihungsurkunde immer bestimmt zum Ausdrucke gekommen wäre. Wir suchen denn auch vergebens nach innigeren Beziehungen zwischen diesen Städten. Das Verhältniss zwischen Mutter- und Tochterstadt kam fast gar nicht zum Ausdrucke, und zwar weder unter den russischen, noch auch gegenüber den deutschen und polnischen Städten. Es fehlte daher auch die sonst so fruchtbringende Spruchthätigkeit der Oberhöfe. Vielmehr bildete jede Stadt in politischer und rechtlicher Beziehung eine abgeschlossene Einheit, und dies führte bei dem Fehlen jedweden ständischen Solidaritätsgefühles zu einer fortschreitenden Eliminirung der Städte aus dem ständischen Leben, dann aber auch zu einer oft ganz einseitigen Fortbildung, ja zu einer Verknöcherung des Rechtes. An Stelle der ursprünglichen Rechtsquellen benützte man in den Gerichten immer häufiger Rechtsaufzeichnungen, die, zumeist polnischen Ursprungs, sich wohl als mehr oder weniger gründliche Bearbeitungen des Sachsenspiegels, des Magdeburger oder des Kulmer Rechtes darstellen, aber unter ganz

Digitized by Google

anderen örtlichen und zeitlichen Verhältnissen entstanden, der fortschreitenden Ausgestaltung der Lebensverhältnisse alsbald nicht mehr genügen konnten. Man übte daher Kritik an ihnen, man liess aber auch neben ihnen allmählich ein Gewohnheitsrecht entstehen, welches freilich nur in den seltensten Fällen eine organische Fortbildung der deutschen Rechtsgedanken, viel häufiger einen Bruch mit dem überkommenen Rechte bedeutete. Schliesslich erfuhr dieses Rechtsleben auch noch von aussen her mancherlei Beeinflussung; denn vielfach wurden deutsche Rechtsinstitute mit einheimischen vermengt, und namentlich das Landrecht bestimmte nur zu oft die Fortbildung dieser gänzlich isolirten Stadtrechte. Dagegen können wir von einer Reception des römischen Rechtes in diesen Städten Polens, Litthauens und der angrenzenden russischen Gebiete nicht reden; der Mangel von Beziehungen zu den Städten des deutschen Reiches, ja zu dem deutschen Rechtsleben überhaupt schloss ein Durchgreifen römischer Rechtsgedanken aus.

Als dann zu Beginn der zweiten Hälfte des XVII. Jahrhunderts in einem grossen Theile von Südrussland die polnisch-litthauische Herrschaft der russischen Platz machte, da blieben die deutschen Stadtrechte dennoch erhalten. Ja wir können sogar den Urkunden dieser Zeit entnehmen, dass, von einzelnen Krisen abgesehen, das Standesgefühl der Städte unter dem neuen Regime zugenommen hat, dass dieselben an ihrem deutschen Rechte hingen und sogar eine Ausdehnung desselben auf jene Städte wünschten, die es bisher noch nicht besessen hatten. Zur Fortbildung dieses Rechtes, zur Beseitigung der Mängel desselben geschah aber auch jetzt soviel wie nichts, und für seinen Bestand bedeutete es eine grosse Gefahr, dass gegenüber den städtischen Gerichten die militärische Generalkanzlei als Oberhof bestellt wurde. Trotzdem genoss es seiner inneren Vorzüge wegen noch immer eine so hohe Autorität, dass sogar Landgerichte es nicht verschmähten, fallweise nach Magdeburger Recht zu urtheilen; aber es gewann immer mehr den Charakter einer hochzuschätzenden theoretischen Auffassung, an deren unmittelbare Anwendung man nicht gebunden war, und in dieser Form machte es am Beginne unseres Jahrhunderts dem Litthauer Statute und den russischen Gesetzen Platz. In den nach den Kriegen des XVII. Jahrhunderts noch unter polnischer Herrschaft gebliebenen Theilen unseres Gebietes machten die Städte die weiteren Schicksale der in diesem Reiche sich vollziehenden Entwicklung des Städtewesens mit. Aber auch sie war eine überwiegend ungünstige. Denn die Autonomie dieser Städte hatte unter den Uebergriffen landesfürstlicher Starosten und privater Gutsherren viel zu leiden, und auch die Gesetzgebung verhielt sich ihnen gegenüber keineswegs immer freundlich. Nach der zweiten, beziehungsweise dritten Theilung Polens gelangten auch diese Gebiete unter die Herrschaft der russischen Gesetzgebung und dies bedeutete für sie zugleich das Ende der deutschen Stadtverfassung.

Digitized by Google

Selbst zur Zeit seiner Blüte kannte man das deutsche Recht in diesen Ländern fast gar nicht aus erster Hand, sondern eigentlich nur mittelbar aus einer Reihe von populären Darstellungen. Daher musste die Praxis der Behörden eine hervorragende Bedeutung gewinnen. Denn in ihr tritt die gewohnheitsrechtliche Fortbildung des Rechtes offen zutage. Mit Recht wendet Halban derselben sein besonderes Augenmerk zu. Was er uns da aus den reichen archivalischen Schätzen vorführt, soll uns näheren Einblick in die Actenführung bei den städtischen Behörden überhaupt, in die örtliche und sachliche Competenz der städtischen Jurisdiction, in die Organisation der Vogteien, die Befugnisse des Rathes, endlich auch in das Verfahren vor den städtischen Gerichten gewähren.

Mit einem Programm für weitere Forschungen auf diesem Gebiete schliesst der Verfasser seine Ausführungen. Darnach bedarf es vorerst noch einer Reihe von Specialuntersuchungen, für die auch andere Archive Russlands herangezogen werden müssten, um allmählich den Boden zu gewinnen für eine Geschichte des deutschen Rechtes in den ostslavischen Ländern. Möge es dem Verfasser, der mit den örtlichen und sprachlichen Verhältnissen dieser Gebiete so vertraut ist, vergönnt sein, die Entwicklung des Rechtszustandes daselbst noch weiter und eingehender verfolgen und dadurch der deutschen Rechtswissenschaft noch so manchen werthvollen Beitrag zur Erforschung deutschen Rechtslebens im östlichen Europa bieten zu können!

Wien, im Februar 1898. Dr. v. Wretschko.

---

37. Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht.

Von Philipp Lotmar, Professor in Bern. Leipzig, Verlag von Dunker und Humblot, 1896. 198 S.

Die vorliegende Schrift verbreitet sich zunächst über das Verhältniss zwischen Recht und Moral im allgemeinen, sodann über den Grundsatz von der Ungiltigkeit des moralwidrigen Rechtsgeschäftes im römischen Rechte. Es wird hiebei unter eingehender sachkundiger Heranziehung des einschlägigen Quellenmateriales erörtert, welche Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte auf dem Gebiete des Erbrechtes, Familienrechtes und Obligationenrechtes die römischen Juristen als unmoralisch und infolge dessen ungiltig erklärten. Hieran anschliessend werden die Wirkungen des unmoralischen Vertrages bezüglich Klagerechtes, Rückforderbarkeit, Compensation, Pfand- und Bürgschaftsbestellung (S. 57) im einzelnen erörtert. Der Verfasser sucht hierauf eine Begriffsbestimmung des unmoralischen Vertrages nach römischem und gemeinem Rechte zu gewinnen. Gegen die Definition Windscheid's (Pandekten II, §. 314, Anm. 4—6) macht Lotmar verschiedene Einwände geltend; auch die Definition der Motive zur ersten Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

Digitized by Google

(Bd. I, S. 211) scheint ihm nicht genügend. Lotmar stellt nun drei Typen unerlaubter Verträge auf, in welchen Typen sämmtliche denkbaren Fälle unsittlicher Rechtsgeschäfte, speciell Verträge inbegriffen seien, nämlich (S. 68—73 ff.):

1. wenn eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vereinbart werde, die unmoralisch sei;

2. wenn eine Handlung, Duldung oder Unterlassung zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht werde, die zwar nicht unmoralisch sei, aber von moralwegen nicht vertragsmässig (oder wie Lotmar sagt: „vertraglich") zugesichert werden darf;

3. wenn eine ökonomische Leistung in Causalbeziehung zu einer Duldung, Handlung oder Unterlassung gesetzt werde, welche von moralwegen nicht in solcher Causalbeziehung zu Geld oder Geldeswerth stehen soll.

Wiederholt wird hiebei betont, dass der unmittelbare Inhalt des Vertrages (oder sonstigen Rechtsgeschäftes) auf einen der vorbezeichneten drei Zwecke hinauszielen müsse, um den Vertrag als einen unmoralischen und deshalb nichtigen erscheinen zu lassen; der subjective Zweck des einen Contrahenten, auch wenn er dem anderen Vertragstheile zufällig bekannt sei, könne den Vertrag noch nicht zu einem unmoralischen machen.[1])

Das so gewonnene Resultat erachtet Lotmar auch als Lösung der praktisch wichtigen Frage, was das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich in §. 138, Abs. 1 unter einem gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte verstehe; jedenfalls meint er (S. 80), das römische Recht könne für die Definition des unmoralischen Vertrages nach dem bürgerlichen Gesetzbuche gute Dienste leisten.

In den folgenden Abschnitten wird ausgeführt, dass der Gesetzgeber sich nicht darauf beschränken könne, nur bestimmte Verträge als unmoralische zu bezeichnen und zu verpönen, weil sonst die nicht vom Gesetzgeber ausdrücklich bezeichneten der Rechtswirkung eines unmoralischen Vertrages entrückt seien, obwohl sie möglicherweise auch moralwidrig seien. Diejenigen unmoralischen Dispositionen, die der Gesetzgeber für ungiltig erkläre, würden dadurch ohnehin aus dem Rahmen der unmoralischen Dispositionen für die rechtliche Beurtheilung ausscheiden, weil sie eben dadurch zu rechtswidrigen, nicht blos moralwidrigen gestempelt würden (S. 100).

Die Entscheidung darüber, wann durch einen unter eine der obenbezeichneten Kategorien fallenden Vertrag die Moral verletzt werde, müsse aus der allgemeinen Anschauung der Volks- und Zeitgenossen über Moral geschöpft werden, nicht die sittlichen Anschauungen und Begriffe eines bestimmten Standes oder Berufes seien zugrunde zu legen. Die Entscheidung, was moralisch, was unmoralisch sei, dürfe deshalb heutzutage nicht mehr ausschliesslich aus den römischen

[1]) Anders freilich, wenn dieser Vertragstheil die gleiche Absicht hegt wie der Gegencontrahent, z. B. bei einer *societas*, S. 79.

Digitized by Google

Rechtsbüchern geschöpft werden. (S. 83 ff.) [1]) Die Frage sei eine *quaestio facti* und hiemit der Revision entrückt. Solche Blankovollmacht habe zwar ihre Nachtheile und Gefahren, aber sie müsse bestehen bleiben, weil nur auf diese Weise unmoralischen Dispositionen gesteuert werden könne. Das Recht erfülle nur dann seinen eigentlichen Zweck, wenn es dasjenige, was von der Moral verpönt ist, auch seinerseits seines Schutzes und äusserlichen Zwanges entkleide; denn beide, Moral und Recht, seien durch die Einheit der Aufgabe verbunden.

Soweit der Gedankengang und Hauptinhalt der Lotmar'schen Schrift. Mir scheint, dass dieselbe eine wesentliche Förderung der Lehre vom unmoralischen Rechtsgeschäfte und eine fruchtbringende Nutzbarmachung der römischrechtlichen Grundsätze für das künftige deutsche Civilgesetzbuch bedeutet. Ob allerdings für den Bereich des letzteren der Begriff eines „gegen die guten Sitten verstossenden Vertrages (§. 138, Abs. 1) durch die drei von dem Verfasser aufgestellten Kategorien erschöpft werde, oder ob weitere Fälle unmoralischer und zugleich unter diesen Gesetzesparagraphen fallender Dispositionen denkbar sind, diese Frage dürfte noch lange nicht abgeschlossen sein. Wie bereits angedeutet wurde, scheint Lotmar nicht nur für das gemeine Recht, sondern auch für das neue deutsche Reichscivilrecht anzunehmen, dass die von dem einen Contrahenten beim Abschluss eines Vertrages verfolgte unmoralische Absicht, auch wenn sie dem anderen Contrahenten wohl bekannt sei, den Vertrag noch nicht zu einem unmoralischen mache; denn der unmittelbare Inhalt des Vertrages decke sich in diesem Falle mit keiner der drei denkbaren Kategorien eines unmoralischen Vertrages. Allein andererseits hebt Lotmar selbst hervor, dass derjenige, der von der durch den Vertragsabschluss verfolgten verbrecherischen oder unsittlichen Absicht seines Gegencontrahenten weiss, sich unter Umständen einer strafbaren Beihilfe im Sinne des §. 49 des Reichsstrafgesetzbuches schuldig machen könne (S. 183, Nr. 237 zu S. 75); ein solcher strafrechtlicher Thatbestand könne aber kaum zugleich ein civilrechtlich giltiges Geschäft sein. Nun wird aber doch wohl die Nichtigkeit eines solchen Vertrages nicht unmittelbar aus seiner strafrechtlichen Qualification, aus seiner „Rechtswidrigkeit", sondern ebenfalls aus §. 138, Abs. 1 abzuleiten sein. [2]) Hieraus dürfte bereits hervorgehen, dass die drei von Lotmar aufgestellten Typen nicht alle Fälle des unmoralischen Rechtsgeschäftes erschöpfen. Nicht immer, aber sicherlich in vielen Fällen wird die von A beim Abschlusse des Vertrages mit B gehegte, dem B bekannte verbrecherische oder doch von gemeiner Gesinnung zeugende Absicht den Vertrag für beide Theile zu einem unmoralischen machen; es kann übrigens auch angenommen werden, dass die sub-

[1]) Zu vgl. die Literaturangaben S. 186 sub Nr. 248.

[2]) Denn der ausserdem in Betracht kommende §. 134 des b. G. B. hat wohl nur die gegen ein bestimmtes, meist civilrechtliches Verbot verstossenden Verträge im Auge.

Digitized by Google

jective Absicht des einen Vertragstheiles diesen Charakter in einem gewissen Sinne verliert und zu einem objectiven Momente wird, sobald sie dem anderen Contrahenten bekannt ist.

Zutreffend scheint mir die auf S. 171, Nr. 181 gegenüber Professor Kohler[1]) betonte Anschauung des Verfassers zu sein, wonach es — wenigstens im Rechtssinne — keinen einseitig unmoralischen Vertrag, d. h. keinen Vertrag gibt, der nur für den einen Contrahenten mit der Wirkung der Nichtigkeit verbunden wäre. Wenn die unsittliche oder verbrecherische Absicht, welche dem A beim Abschlusse des Vertrages mit B vorschwebte, diesem erst nach Abschluss des Vertrages, vor völliger Erfüllung der Leistung bekannt wird, so dürfte in dem Anwendungsgebiete des neuen bürgerlichen Gesetzbuches dessen §. 324 zur Anwendung kommen.

Dr. Carl Deybeck.

---

38. Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprocess nach preussischem Recht.

Unter Berücksichtigung des gemeinen und rheinischen Rechts systematisch und kritisch erörtert von Theodor Nessel, wirkl. Geh. Oberjustizrath und Kammergerichts-Senatspräsident a. D. Berlin 1897, Verlag von Franz Vahlen. gr. 8°, 101 S.

Die vorliegende Schrift behandelt in systematischer, die Bedürfnisse und verschiedenartigen Erscheinungen der Praxis eingehend berücksichtigender Darstellung das Pfändungspfandrecht nach §. 709 der Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, sowie insbesondere die Interventionsklage nach §. 690 eod. (S. 45 auch als „Widerspruchsklage" bezeichnet). Neben einer ergiebigen Erörterung der praktisch wichtigeren Fälle und der durch sie veranlassten oberstrichterlichen Erkenntnisse, denen der Verfasser keineswegs kritiklos folgt (zu vgl. S. 13 oben, S. 35, 85), ist auch das Bestreben anzuerkennen, die richtigen theoretischen Grundlagen für den Pfändungsact des Gerichtsvollziehers, das Pfändungspfandrecht und die Interventionsklage (auch Excindirungsklage genannt) zu gewinnen und klarzustellen; ein Bestreben, bei welchem dem Verfasser die äusserst reichhaltige einschlägige Literatur bereits vorgearbeitet hatte.

Die wichtigste der in der Schrift Nessel's behandelten Fragen ist wohl die, ob die Klage nach §. 690 auch auf ein rein obligatorisches Recht des Interventionsklägers gegen den Vollstreckungsschuldner gestützt werden könne. Das Reichsgericht hat hiewegen in einem in Bd. XVIII, S. 366 der Entscheidungen in Civilsachen veröffentlichten Erkenntnisse dahin Stellung genommen, dass dies

[1]) Zu vgl. dessen Abhandlung: Die Ideale im Recht im Archive für bürgerl. Recht. Bd. V (1891), S. 160 ff.

Digitized by Google

ausnahmsweise, z. B. auf Grund des Depositums oder Commodatums der Fall sein könne. Hiebei möchte nun aber meines Erachtens Halt zu machen sein und glaube ich nicht, dass es dem Verfasser (S. 35) gelungen ist, weitere Fälle nachzuweisen, in welchen „aus den Vertragsansprüchen des Interventionsklägers an den Vollstreckungsschuldner ein die Veräusserung des Pfandstückes hinderndes Recht anzuerkennen ist". Auch hebt Nessel selbst S. 74 hervor, dass ein rein obligatorischer Anspruch kein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung von Forderungen gebe. Im Principe wird also wohl der Auffassung Frommhold's (hierüber S. 30 f.) zuzustimmen sein, dass die Klage eine materielle, dingliche Klage sei.

Zutreffend und klar sind auch die Ausführungen über die Beschwerde nach §. 685 der Civilprocessordnung und deren Verhältniss zur Interventionsklage nach §. 690; der Verfasser hält die beiden Abhilfemittel für ganz verschiedenartig und sich gegenseitig ausschliessend, meines Erachtens mit überzeugender Begründung (S. 76 ff.).

Als kleine Sprachsünden möchten vielleicht auch dem Leser auffallen „der märkische Ehemann" (d. h. der nach märkischem Provincialrechte lebende Ehemann), „die landrechtliche Ehefrau" und der Ausdruck „gemissbilligt".

München, December 1897. **Dr. Carl Deybeck.**

---

39. Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprocessordnung.

Auf Grund eines in der juristischen Gesellschaft in Wien gehaltenen Vortrages von Dr. Friedrich Stein, Professor der Rechte in Halle. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, XLVIII. Jahrg., Nr. 9 und 10 (S. 65 ff.). (Nunmehr auch Separat-Abdruck von 28 S. Wien 1897.)

Die vorliegende Abhandlung nimmt zu ihrem Ausgangspunkt den §. 411 der österreichischen Civilprocessordnung, welcher die sogenannten materiellen Rechtsmittel regele, ohne zu sagen, worin das Wesen und die praktische Bedeutung der Rechtskraft bestehe.

Nicht sei anzunehmen, dass sie in einer Fiction der Wahrheit des im Urtheil Entschiedenen bestehe, sondern in der Bindung des Richters derselben Instanz, ebenso sei aber auch der höhere Richter an diejenige Entscheidung gebunden, die unanfechtbar geworden sei; daneben formelle Rechtskraft in dem Sinne, dass die Parteien die betreffende Entscheidung nicht mehr anfechten können.

Welchen Inhalt kann nun die bindende richterliche Entscheidung haben? Die beiden Haupttypen des modernen (nicht aus dem römischen, sondern dem germanischen Processe hervorgegangenen) Civilprocess rechtes sind Leistungsklage und Anerkennungsklage. Es gibt Urtheile, die ein Recht zur Anerkennung bringen, daneben solche, die ein

Digitized by Google

Recht erst schaffen, rechtsgestaltend wirken, constitutive neben declaratorischen Urtheilen. Der Richter kann auch zur Ausgestaltung processualer Situationen thätig werden, wo wir dann mit Recht von einem „Processprocess“ im Gegensatze zu einem „Privatrechtprocess“ sprechen.

Auch hier ist der Unterschied zwischen declaratorischem und constitutivem Urtheile denkbar und angemessen. Als einen Fall ersterer Art nennt Stein die Liquidirungsklage des Concursgläubigers, dem die Theilnahmeberechtigung oder sein Rang im Concurse bestritten ist (Concursordnung §. 124 ff.); daneben ungleich häufiger rechtsgestaltende Processprocesse. Die Executionsbewilligung bei Urtheilen über noch nicht fällige oder bedingte Ansprüche und diejenige für und gegen den Rechtsnachfolger wird nach §§. 7 und 9 der Executionsordnung nur ertheilt, wenn der erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden geführt werde. Fehlen solche Urkunden, so muss nach §. 10 der Executionsordnung der Bewilligung oder Fortsetzung der Execution die Erwirkung eines gerichtlichen Urtheiles vorausgehen. Hier zeige sich deutlich, wie das Ziel dieses Processes die Erreichung derselben Rechtslage bildet, die der mit öffentlichen Urkunden ausgestattete Rechtsnachfolger im Wege eines einfachen Gesuches und dessen Bewilligung durch Verfügung zu erreichen vermag.

Aehnlich insbesondere auch die Excindirungsklage, der Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollstreckung, §. 37 der Executionsordnung.

In jedem dieser vielgestaltigen Processe können processbeendende Urtheile (von Zwischenurtheilen ganz abgesehen) mannigfaltiger Art ergehen. Es können bejahende Urtheile ergehen, Entscheidungen nach dem Antrage des Klägers, es kann eine Ablehnung der Rechtsschutzhandlung erfolgen, ein abweisendes Urtheil auch in der Weise, dass hiedurch nur ausgesprochen wird, dass dem vorgetragenen Thatbestande das Schutzbedürfniss oder die Fähigkeit zu der geforderten Art des Rechtsschutzes fehle.

Auf dem Gebiete des modernen Processes entstehe sonach die Frage nach der Bedeutung der Rechtskraft für alle diese Typen. Die Theorie, welche sich mit der Wirkung der *condemnatio* und *absolutio* bei der Leistungsklage nach römischem Rechte beschäftige, werde dieser Mannigfaltigkeit nicht gerecht. Das allgemeine Princip für den Inhalt der Rechtskraft kann hienach nur folgendes sein: jeder richterlichen Entscheidung kommt in diesem und in künftigen Processen derselben Partei die bindende Kraft im vollen Umfange ihres Inhaltes zu, so oft die identische Frage zur Entscheidung steht.

Sodann beschäftigt sich die Abhandlung (sub V) mit dem typischen, einheitlichen Inhalte aller richterlichen Entscheidungen. Denselben erblickt Stein darin, dass es verboten sei, eine neue Feststellung des Thatbestandes vorzunehmen, um die früher abgelehnte

Digitized by Google

Rechtsfolge oder das contradictorische Gegentheil des früher Ausgesprochenen jetzt auszusprechen. Die Rechtskraft bedeutet Präclusion des bis dahin nicht vorgebrachten Materiales. Nur das nachträglich Gefundene kann aus Billigkeitsgründen im Wege der Restitutions- oder der Oppositionsklage geltend gemacht werden. Ebenso verboten ist die nachträgliche anderweitige rechtliche Würdigung des identischen Thatbestandes.

Es frage sich ferner, ob das Urtheil nur auf die zunächst im Ausspruche berührten Rechtsverhältnisse oder auch auf etwaige Gegenrechte (Compensations-Retentionsrechte) sich erstrecke. Für letzteres bekanntlich Savigny. Allein dieses ist nach §. 417 nicht anzunehmen, „es darf den Parteien eine Rechtskraft nicht aus kleinem Anlasse über grosse Dinge unversehens in's Haus wachsen". Noch weniger ergreife die Rechtskraft solche Entscheidungen, die unnöthiger Weise im Urtheile enthalten sind.

Des Weiteren untersucht der Verfasser die Frage, ob die Entscheidung auch in der Formel des Urtheiles, dem Urtheilsspruche (§. 417, Nr. 3) enthalten sein müsse, ob die Entscheidungsgründe nur zur Auslegung, nicht auch zur Berichtigung des Urtheiles dienen können. Der Verfasser möchte, trotz der entgegenstehenden, in §. 423 eine gewichtige Stütze findenden Bedenken dahin sich entscheiden, dass die rechtskräftige Entscheidung nicht nothwendig in der Formel stehen müsse.

Endlich ist die Rechtskraft unabhängig von den Parteirollen im früheren und im jetzigen Processe. Sie enthält neben dem Verbote, anders zu entscheiden, auch das Gebot ebenso zu entscheiden. Denn der Richter ist bei der Wiederkehr der identischen Frage nach Massgabe der früher getroffenen Entscheidung gebunden, und zwar nicht nur negativ, sondern auch positiv, er muss die von dem früheren Urtheile ausgesprochene Rechtsfolge zur Grundlage seiner neuen Entscheidungsthätigkeit machen.

Das Vorstehende gibt den Gedankengang und wesentlichen Inhalt der Abhandlung wieder und dürfte vielleicht auch rechtfertigen, dass von einer Erörterung der zahlreichen Principien- sowie Detailfragen Umgang genommen wird. Die praktischen Schlussfolgerungen, die Stein zieht, sind wohl alle zutreffend. Auch ist in dem geistvollen Aufsatze wohl mit Recht betont, dass die wissenschaftliche Behandlung der Lehre von der Rechtskraft sich auch auf Klagen rein processualen Inhaltes, nicht blos über materiellrechtliche Ansprüche sich erstrecken müsse. (Vgl. S. 19 des Separat-Abdruckes.) Indessen möchte Referent bis auf Weiteres bezweifeln, ob für erstere Klagen ein besonderer Ausdruck „Processprocess" im Gegensatze zu einem „Privatrechtsprocess" als nothwendig und glücklich gewählt erscheint.

Dr. Carl Deybeck.

Digitized by Google

40. Bürgerliches Gesetzbuch

nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.

Von Dr. Haidlen, Landrichter. 5 Bde. Stuttgart, Verlag von W. Kohlhammer, 1897. Bd. I, 980 Seiten, enthaltend den allgemeinen Theil und das Recht der Schuldverhältnisse. — Bd. II, 498 Seiten, enthaltend das Sachenrecht. — Bd. III, 813 Seiten, enthaltend das Familienrecht. — Bd. IV, 616 Seiten, enthaltend das Erbrecht und das Einführungsgesetz. — Bd. V, 181 Seiten, enthaltend Inhaltsübersicht und Sachregister.

Zweck der Ausgabe ist die Zusammenstellung der Vorarbeiten zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, da keine Gesetzesauslegung, wenn sie auf Zuverlässigkeit Anspruch machen wolle, der Kenntniss der Vorarbeiten entrathen könne. Zugeben muss der Verfasser, dass der Inhalt der Vorarbeiten nicht auch gegenüber einem im Wege der Auslegung gefundenen anderen Ergebnisse unbedingt massgebend sei; aber er glaubt, dass die Vorarbeiten unentbehrlich seien zur Aufsuchung der grundlegenden Gedanken und damit zur Erkenntniss der Tragweite der einzelnen Bestimmungen. Eine Schwierigkeit ergibt sich dadurch, dass die bei der zweiten Lesung des ersten Entwurfes vorgenommenen Aenderungen so zahlreich sind und zum Theil derart grundsätzlicher Natur, dass Missverständnisse der Vorarbeiten, wenn man sie als Einheit betrachten wollte, kaum auszuschliessen sind. So erscheint beim Gebrauch der legislatorischen Verhandlungen als Auslegungsmittel des Gesetz gewordenen Wortes gerade beim bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich mehr vielleicht als sonst grosse Vorsicht von Nöthen, soll nicht der Motivencultus, welcher erfahrungsgemäss jedes neue Gesetz begleitet, zur bedenklichen Abgötterei ausarten.

Damit soll selbstverständlich der Werth von derartigen Materialiensammlungen, wie sie das vorliegende umfangreiche Werk bietet, nicht geleugnet oder herabgesetzt werden. Ihre Abfassung erfordert die Bewältigung und Sichtung eines umfangreichen Materials und eine grosse Summe geistiger Arbeit, um das nach allen, oft wechselvollen Verhandlungen als massgebend zu Erachtende aus ihm herauszuschälen. Dass der Verfasser in so kurzer Frist seine Aufgabe gelöst und den Commentar jetzt schon vollendet vorlegt, beweist, mit welchem Bienenfleisse er sich die Förderung desselben hat angelegen sein lassen. Diese Beschleunigung hat aber auch, soweit die Sachlage ohne näheres Eingehen auf das Einzelne und auf die vorgetragenen Rechtsanschauungen beurtheilt werden kann, der Arbeit selbst keinen Schaden gebracht, so dass die Benützung des Commentars allen empfohlen werden kann, welche sich mit dem Studium des kommenden Rechts beschäftigen und eine ausführliche Darstellung desselben im Vergleiche mit dem bisherigen Rechte wünschen, ohne dabei in der Lage zu sein, das gesammte Gesetzgebungsmaterial im Original

Digitized by Google

zur Verfügung zu haben. Vielleicht wäre die Drucklegung der sämmtlichen Vorarbeiten in ihrem Wortlaute zu den einzelnen Paragraphen erwünscht gewesen, da es füglich dem Leser überlassen bleiben muss, welchen Werth er auf eine Bemerkung in den Gesetzgebungsverhandlungen legen will; allein die Wandlungen in den Ansichten beim Verlaufe des grossen Gesetzgebungswerkes haben dazu veranlasst, nur denjenigen Theil der Vorarbeiten wiederzugeben, welcher für die Auslegung der nunmehrigen gesetzlichen Vorschriften nothwendig erschien; sonst hätte die Ausgabe mehr todtes Beiwerk mit sich führen müssen, als dass ihre Handlichkeit nicht dadurch in Frage gestellt worden wäre. Dieses so beschränkte Material, unter welches unter Umständen auch abgelehnte Ansichten fallen, hat der Autor versucht, im Zusammenhange möglichst vollständig und wörtlich anzuführen; nur soweit es sich nicht umgehen liess, insbesondere im Interesse der Satzverbindung, sind Aenderungen am Wortlaute vorgenommen worden; so sind die Citate aus den Commissionsprotokollen zum zweiten Entwurfe überall in directer Redeform abgedruckt.

Die vergleichende Zusammenstellung der Paragraphen (beziehungsweise Artikel) der Commissionsentwürfe erster und zweiter Lesung, der Reichstagsvorlage und der Paragraphen (beziehungsweise Artikel) des Gesetzes ist nach dem Commissionsentwurfe erster Lesung geordnet; die Uebersicht über das in Deutschland bisher geltende bürgerliche Recht ist etwas summarisch ausgefallen, dagegen kann das alphabetische Sachregister als allen billigen Anforderungen entsprechend bezeichnet werden.

München. **Dr. Leopold Menzinger.**

---

41. Gesetz über die Handelskammern

vom 24. Februar 1870 und 19. August 1897.

Von Dr. jur. Reitz, kaiserlicher Generalconsul a. D., Syndicus der Handelskammer zu Nordhausen. Berlin 1897, Verlag von Franz Vahlen. IV und 156 S. Preis: Gebunden M. 3·60.

Die zunächst für das Geltungsgebiet des Gesetzes bestimmte Ausgabe bringt in der ausführlich gehaltenen Einleitung die Geschichte der Handelskammern in Preussen unter Würdigung des Entwicklungsganges in den übrigen bedeutenderen deutschen Bundesstaaten und mit gleichzeitiger Berücksichtigung auch anderer wirthschaftlicher Corporationen, namentlich der Landwirthschaftskammern auf Grund des Gesetzes vom 30. Juni 1894. Es unterliegt keinem Zweifel, dass in der Gegenwart der berufsgenossenschaftlichen Interessenvertretung eine steigende Tendenz innewohnt, wie sich ja auch das Handwerk in den Handwerkerkammern des neuen Innungsgesetzes eine solche berufliche Organisation errungen hat. Daher wird das Buch bei den Betheiligten gewiss die gebührende Beachtung finden, zumal der Verfasser eine

Digitized by Google

sachkundige Feder führt und sich bereits früher mit dem Gegenstande beschäftigt hat (Annalen des Deutschen Reichs, 1896, Nr. 1). Im Anhange ist der Ausführungserlass des preussischen Ministers für Handel und Gewerbe vom 31. August 1897 mitgetheilt.

München. Dr. Leopold Menzinger.

42. System des deutschen Privatrechts.

Von C. F. v. Gerber. Auf der Grundlage des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich neu bearbeitet von Conrad Cosack, Professor in Freiburg i. B. 17. Auflage. Jena, Gustav Fischer, 1895. XXII und 572 S.

Hatte Gerber noch erklärt, dass es die Macht der inneren Vollendung des römischen Civilrechts gewesen sei, welche seine Reception in complexu bei uns bewirkt, so stellt Cosack in wohlbegründeter Abweisung des einseitigen Romanismus fest, dass der Sieg, den das römische Recht über das deutsche Recht erfochten, lediglich auf dem Vorzug der römischen Jurisprudenz beruhe, nicht aber auf thatsächlichen Vorzügen des Rechtsinhaltes, und nennt die Aufnahme des fremden Rechtes geradezu eine der grössten Thorheiten, welche in der Rechtsgeschichte vorgekommen sind. Dieser directe Gegensatz in der Abschätzung des Werthverhältnisses beider Rechte zu einander zeigt zur Genüge, dass Cosack mit voller Selbständigkeit an die neue Ausgabe des allbekannten Werkes herangetreten ist, wenn er auch das System und die Auswahl des Stoffes im Großen und Ganzen unverändert liess und auch bei der historischen Darstellung nur die sicheren Ergebnisse der neueren Forschung berücksichtigt hat. Die wesentlichste Veränderung des Buches brachte das Erscheinen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht mit sich, welchen der Verf., obwohl er damals noch nicht Gesetz war, als Beweismittel des deutschen Rechtsgedankens verwerthet hat; abgesehen von den wenigen reichsrechtlichen Instituten und vom gemeinen Gewohnheitsrechte sei ja das deutsche Privatrecht kein positives Recht, sondern umfasse die deutsche Rechtsbildung, wie sie sich im steten Flusse befindet. Das bürgerliche Gesetzbuch wird freilich mit seinem Inkrafttreten eine einschneidende Modificirung dieser Ansicht herbeiführen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

43. Das Gesetz,

betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern vom 8. Juni 1896.

Von J. Peltzer, Regierungsrath. Unter Benützung der Gesetzesmaterialien für das Gebiet des allgemeinen Landrechts erläutert. Berlin 1896, Verlag von Franz Vahlen. 149 S.

Auch abgesehen von der Frage, ob das commentirte preussische Gesetz als Vorbild für eine Regelung des ländlichen Erbrechtes dienen

Digitized by Google

kann, ist es von allgemeinem Interesse, den Versuch der gesetzlichen Sanctionirung des Intestatanerbenrechts für gewisse Arten von Gütern kennen zu lernen und dessen Wirkungen an der Hand der Praxis zu beobachten. Zur Einführung in das vom Gesetzgeber, bezw. von den einzelnen Gesetzgebungsfactoren Gewollte ist die vorliegende Bearbeitung ganz brauchbar. Sie bringt ausser dem Texte des Gesetzes in einer Einleitung die Entstehung und Grundzüge desselben, an welche sich eine eingehende Erläuterung des Gesetzes selbst anschliesst. Anhangsweise ist die Circularverfügung des preussischen Ministers für Landwirthschaft, Domänen und Forsten vom 10. August 1896 abgedruckt.

München. Dr. Leopold Menzinger.

44. Das Gesetz,

betreffend das Pfandrecht an Privat- und Kleineisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben vom 19. August 1895.

Von W. Gleim, wirklicher geheimer Oberregierungsrath. Berlin 1896, Verlag von Franz Vahlen. 144 S.

In derselben äusseren Ausstattung und Stoffeintheilung wie das besprochene Werk von Peltzer gibt der Verf., welcher an den Vorarbeiten und an den Berathungen des Gesetzes im preussischen Landtage theilgenommen hat, eine fachkundige Erläuterung der mitunter schwer verständlichen Gesetzesbestimmungen, wobei namentlich die Begründung des Entwurfes, sowie der früher dem Reichstage in den Jahren 1879 und 1880 vorgelegte Entwurf eines denselben Gegenstand betreffenden Reichsgesetzes berücksichtigt ist. Hatte die später in Preussen eingeleitete Verstaatlichung des weitaus grössten Theiles der Privateisenbahnen das Interesse an einem derartigen Gesetze sehr abgeschwächt, so erschien für eine kräftige Entwicklung des Kleinbahnenwesens, für welches durch das Gesetz vom 28. Juli 1892 nur die öffentlich-rechtliche Grundlage geschaffen war, ein Gesetz, das die wirksame Verpfändung dieser Bahnen ermöglicht, als dringendes Bedürfniss. Bei der steigenden Neigung, das Verkehrsnetz durch Kleinbahnen aller Art zu verdichten, ist der im Gesetz anerkannte Grundsatz auch von allgemeiner Bedeutung.

München. Dr. Leopold Menzinger.

45. Das Ebenburtsrecht des Lippischen Hauses nach Hausgesetzen und Hausobservanz.

Rechtsgutachten seiner Durchlaucht dem Fürsten zu Schaumburg-Lippe erstattet.

Von Dr. W. Reuling. Mit einem Anlagenheft. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1897. 308 und 178 Seiten.

Durch den Schiedsspruch vom 22. Juni 1897 ist anerkannt worden, dass der Graf Ernst zu Lippe Biesterfeld nach Erledigung

Digitized by Google

des zur Zeit von dem Fürsten Karl Alexander zu Lippe innegehabten Thrones zur Regierungsnachfolge in dem Fürstenthum Lippe berechtigt und berufen ist. Trotzdem kann der Thronfolgestreit weder in der Literatur, noch in der Praxis zur Ruhe kommen. Unbestritten ist die Geltung der agnatischen Linealfolge und der Primogeniturordnung und die darnach sich ergebende Reihenfolge nach dem Aussterben der Detmolder Hauptlinie: 1. Lippe-Biesterfeld, 2. Lippe-Weissenfeld, 3. Schaumburg-Lippe. Aber bestritten ist die Thronfolgefähigkeit der beiden erstgenannten Linien wegen behaupteter unebenbürtiger Ehen. So wird namentlich der Linie Lippe-Biesterfeld die Ehe des Grafen Wilhelm Ernst mit Modeste von Unruh, welche im Jahre 1803 geschlossen wurde, entgegengehalten. Das Schiedsgericht hat sich im Anschlusse an die seitherige Gerichtspraxis dafür entschieden, dass die Ehe eines Herrn von hohem Adel oder doch aus altreichsgräflichem und neufürstlichen Hause mit einer Dame von niederem Adel nach gemeinem Recht als vollwirksam zu betrachten sei und dass auch das Lippische Hausrecht strengere Ebenbürtigkeitsgrundsätze nicht kennt; insbesondere habe der vielbehandelte §. 18 des Brüdervergleichs vom 14. August 1749 nach dem Willen der Contrahenten, wie sich aus §. 10 dortselbst völlig klar ergebe, nur Bedeutung für das wesentlich aus den Lippischen Paragialbesitzungen gebildete Fideicommiss und keineswegs für die Succession im Gesammthause oder für die Thronfolge. Auch ein strengeres Herkommen, welches mehr als einfach niederen Adel, vielleicht mit Abstammung aus altadeliger Familie erfordern würde, konnte das Gericht wegen der mehrfach unklaren Anschauungen und unsicheren Behandlung angezweifelter Ehen in der Familie nicht als nachgewiesen ansehen. Daher gelangte das Schiedsgericht zu dem Ergebniss, dass Modeste von Unruh aus der altadeligen Familie von Unruh abstammte, dass diese Abstammung nach dem gemeinen Privatfürstenrechte zu ihrer Ebenbürtigkeit genügte und dass zur Zeit der Eingehung ihrer Ehe ein für die Successionsfähigkeit ihrer Descendenten hinsichtlich des Fürstenthums Lippe massgebendes strengeres Herkommen nicht bestand; daraus folgt, da allein auf Grund dieser Ehe die Ebenbürtigkeit des Grafen Ernst zu Lippe-Biesterfeld bestritten ist, dessen Thronfolgefähigkeit. Für die Betheiligten ist anscheinend mit diesem klaren Richterspruche die Streitfrage noch nicht endgiltig aus der Welt geschafft; denn Schaumburg-Lippe beanstandet die Thronfolgeberechtigung der Söhne des nunmehrigen Grafenregenten Ernst aus dessen Ehe mit der Reichsgräfin Karoline von Wartensleben, und wenn auch der Lippische Landtag für den Fall, dass der Grafregent vor dem Fürsten Alexander sterben sollte, dem jeweilig ältesten Sohne des Regenten die Regentschaft des Landes zugesprochen hat, so wird doch voraussichtlich der „vorsintflutliche“ Begriff der Ebenbürtigkeit noch längere Zeit die Juristen in mannigfachen Formen beschäftigen. — Daher hat die überreiche Literatur, welche unseren Gegenstand zumeist vom Standpunkte der betheiligten Parteien aus be-

Digitized by Google

handelt, und namentlich die angezeigte, gleichfalls vor dem Schiedsspruche veröffentlichte Schrift auch zur Zeit noch nicht alles Interesse verloren, zumal Reuling es versucht, in lebhafter und anschaulicher Weise ein Stück aus der „Rumpelkammer des alten Reichsstaatsrechtes“ den modernen Juristen näher zu bringen, denen alles Gefühl fehlt für „Rechtsbildungen, die nicht Schöpfungen des Tages sind, sondern in unserer Rechtsgeschichte wurzeln und das historische Gepräge noch an sich tragen, das ihnen eine lange und grosse Vergangenheit charakteristisch auf- und tief eingeprägt hat“. Das Resultat, zu dem die Schrift kommt, ist, wie schon bemerkt, vom Schiedsgerichte nicht gebilligt worden; allein trotz der manchmal auftauchenden Einseitigkeiten und trotz der mitunter übertriebenen Geringschätzung fremder Anschauungen, die sich nur aus dem Charakter der Arbeit als eines „Rechtsgutachtens“ begreifen und entschuldigen lässt, enthält sie eine klare Darlegung der Differenzpunkte, eine geschickte Vertheidigung der eingenommenen Positionen, eine nicht selten gelungene Widerlegung entgegenstehender Ansichten in einer Sprache, welche durch die naturwissenschaftlichen Bilder des Verfassers entschieden originell und anregend wirkt und eine wohlthuende gerechte Würdigung der Rechtsanschauungen vergangener Zeiten athmet. Das Anlagenheft bringt nicht weniger als 53 einschlägige Urkunden theils ganz, theils im Auszug zum Abdruck.

München. Dr. Leopold Menzinger.

46. Das Wappenrecht.

Historische und dogmatische Darstellung der im Wappenwesen geltenden Rechtssätze.

Ein Beitrag zum deutschen Privatrecht. Von Dr. jur. F. Hauptmann. Mit 2 Farbendrucktafeln und 104 Textillustrationen. Bonn, Verlag und Druck von P. Hauptmann, 1896. 8°, XVI und 584 Seiten.

Trotz seiner geringen materiellen Bedeutung ist das Rechtsinstitut des „Wappens“ als immaterielles Güterrecht, gleichsam als potenzirtes Recht am eigenen Namen, nicht blos für den Heraldiker, sondern auch für den Historiker und den Juristen von hohem Interesse, und dürfte daher das vorliegende Buch, die gereifte Frucht langjähriger Vorarbeiten und einer gründlichen Sichtung des reichhaltigen, aber spröden und zerstreuten Stoffes wohl geeignet sein, vielfachen Wünschen zu entsprechen. Anregend und anschaulich, stets durch Urkundenmaterial unterstützt, schildert Hauptmann nach einer guten Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung des Wappens Begriff und Wesen, Subject, Erwerb, Verlust und Beweis des Rechts sowohl in Bezug auf die Wappenfähigkeit als in Beziehung auf das Recht am Wappen. Der Verfasser unterscheidet nämlich mit Recht die Wappenfähigkeit als das öffentliche Recht, überhaupt ein Wappen zu führen, und das Privatrecht auf ein bestimmtes Wappen, ein

Digitized by Google

Eigenthum zur gesammten Hand, wobei die Familie als Subject des Rechtes, die einzelnen Familienglieder als zum ordnungsmässigen Gebrauch des Rechts berechtigt zu betrachten sind. An interessanten Einzelheiten bietet die Schrift eine reiche Fülle; vielleicht wäre auch eine Erläuterung der Allianzwappen angezeigt gewesen; hier möge aber richtiggestellt werden, dass für die Verneinung der Pflicht, ein neu verliehenes Wappen zu führen (S. 372), jedenfalls die Stadt München kein beweiskräftiges Beispiel bietet, wie Verfasser anzunehmen scheint. Richtig ist, dass unterm 5. März 1808 der Stadt München von König Max Joseph ein neues unhistorisches Wappen verliehen wurde; dieses Wappen hat durch den Willen desselben Monarchen im Jahre 1818 eine Aenderung dahin erfahren, dass auf dem Schilde des Löwen statt des Buchstaben „M" ein Mönchskopf mit der Cuculle angebracht wurde; aber erst im Jahre 1835 bewilligte König Ludwig I. das alte Wappen wieder, das „Münchner Kindl", „die von seinem erhabenen Vorfahrer Kaiser Ludwig dem Bayern seiner Hauptstadt München verliehene Auszeichnung, da Bayern mit Selbstgefühl auf seine Geschichte sehen könne und es der Absicht des Königs entspreche, dass alte Namen und Zeichen durch Jahrhunderte fortleben bis zu den spätesten Geschlechtern". Ueber Einzelheiten des Wappens haben sich sodann noch langwierige Verhandlungen entsponnen, welche erst im Jahre 1865 ihren Abschluss gefunden haben. Das aber ist nach bayrischem Recht ausser Zweifel, dass die Stadt München, wie jede wappenfähige Gemeinde, nicht blos berechtigt, sondern auch verpflichtet war und ist, das allerhöchst genehmigte Wappen zu führen und dass eine Abänderung der Form ohne eingeholte königliche Genehmigung nicht stattfinden kann.

München. **Dr. Leopold Menzinger.**

---

47. Das österreichische Civilprocessrecht

in systematischer Darstellung.

Von Dr. Josef Trutter in München. Theil II. Besonderer Theil, S. 256—680. Wien 1897, Verlag von Moritz Perles. Preis 6 Mk.

Verhältnissmässig nur kurze Zeit nach dem Erscheinen des Theiles I (Allgemeiner Theil), der von mir in dieser Zeitschr., Bd. XXIV, S. 162, besprochen worden ist, liegt zwischen der Vollendung des Theils II, welcher in 4 Lieferungen in kleinen Zwischenräumen in einem Jahre erschienen ist. Dieser Theil zerfällt in 7 Bücher, welche eine durch ihre weitere Eintheilung klare Uebersicht über das System in der Inhaltsangabe gewähren. Dazu ein Anhang über gewerbe- und schiedsgerichtliches Verfahren.

Buch I. Processeinleitung. In einer Vorbemerkung (§. 70) knüpft Verf. an die im allgemeinen Theil entwickelten Lehren von der Begründung des Processverhältnisses und der Rechtshängigkeit

Digitized by Google

einer Streitsache, sowie von der Rechtsbeständigkeit des Processverhältnisses, das von dem Gegebensein der Processvoraussetzungen abhänge, an. Während dort die Klage als Einleitung eines Civilprocesses nach ihrer Bedeutung als Creationshandlung und die für sie geltenden Formvorschriften erörtert worden waren, hatte Verf. eine eingehende Darstellung des Klageinhalts und der danach sich ergebenden Verschiedenheit der Klagen, sowie eine Besprechung der einzelnen Processvoraussetzungen für den besonderen Theil zurückgestellt. Ehe er an das Verfahren selbst herantreten will, sollen erst diese Punkte zur Erörterung kommen.

Abschnitt 1. Klage, deren Inhalt und Arten. §. 71. Abschnitt 2. Processvoraussetzungen. Uebersicht. §. 72. Cap. 1. Solche bezüglich des Processgerichtes. §§. 73—84. Gerichtsbarkeit. Gerichte. Vorschriftsmässige Besetzung. Fähigkeit der Richter. Zuständigkeit; sachliche, örtliche (allgemeiner Gerichtsstand, besondere Wahl-Gerichtsstände, besondere ausschliessliche Gerichtsstände); gewillkürte Zuständigkeit. Zuständigkeitsstreitigkeiten. Cap. 2. Processvoraussetzungen bezüglich der Parteien. §§. 85 — 90. Parteifähigkeit. Processfähigkeit. Processuale Vertretung. Gesetzliche Vertretung. Bevollmächtigung. Advocatenzwang. Cap. 3. §. 91. Processvoraussetzungen bezüglich des Gegenstandes. Cap. 4. §. 92. Solche, bezüglich der Processkosten.

Buch II. Verfahren (vor Gerichtshöfen) bis zum Urtheil. Allgemeines. §. 93. Abschnitt 1. Gang des Verfahrens. §§. 94—99. Erste Tagsatzung. Klagebeantwortung. Vorbereitendes Verfahren. Mündliche Streitverhandlung. Beweisaufnahmeverfahren. Rückkehr in die mündliche Streitverhandlung, Schluss, eventuell Wiedereröffnung derselben. Abschnitt 2. Inhalt der mündlichen Verhandlung. §§. 100—104. Gruppirung des Verhandlungsstoffes. Angriff. Vertheidigung und Gegenangriff. Weitere Austragung. Abschnitt 3. Beweisherstellung. Cap. 1. Allgemeines. §§. 104—105. Wahrheitsüberzeugung. Allgemeine Beweisbegriffe. Cap. 2. Einzelne Beweisarten. §§. 106—115. Aussergerichtliches Geständniss. Augenschein. Urkundenbeweis. Arten der Urkunden. Voraussetzung ihrer Beweiskraft. Beweiskraft der Urkunden. Vorlegung und Edition von Urkunden. Zeugenbeweis, Zeugen, Zeugnisspflicht, Zeugenvernehmung, Beweiskraft der Aussage. Sachverständigenbeweis. Beweis durch Vernehmung der Parteien. Cap. 3. Sicherung von Beweisen. §. 116. Abschnitt 4. Abweichungen im bezirksgerichtlichen Verfahren (bis zum Urtheile). §. 117.

Buch III. Beendigung des Verfahrens durch erstrichterliche Entscheidung. §§. 118—122. Voraussetzungen des Urtheiles. Wesen und Arten desselben. Ergehen und Bestandtheile. Bindung durch das Urtheil, dessen Rechtskraft. Verbesserung des Urtheils.

Buch IV. (Ohne Ueberschrift?) Abschnitt 1. Anfechtbarkeit von Entscheidungen. §. 123. Abschnitt 2. Rechtsmittel. Cap. 1. Berufung. §§. 124—128. Wesen und Zulässigkeit

Digitized by Google

der Berufung. Berufungsverfahren. Erhebung der Berufung. Berufungsvorverfahren (Nichtigkeitsgründe). Berufungsverhandlung. Berufungsentscheidung. Cap. 2. Revision. §. 129. Cap. 3. Recurs. §. 130. Verbundene Beschwerde. §. 131.

Buch V. Ausserordentliche Rechtsmittel. §§. 132 bis 134. Allgemeines (Judicatsobligation). Nichtigkeitsklage. Restitutionsklage.

Buch VI. Verhältniss zwischen mehreren Processen. §§. 135, 136. Verbindung mehrerer Processe. Einwirkung eines Processes auf den Fortgang eines anderen.

Buch VII. Besondere Verfahrensarten. §§. 137—142. Mandats-, Wechsel-, Bestand-, Syndicats-, Mahn-, Eheverfahren. Anhang. Verfahren vor Gewerbegerichten. §. 143. Schiedsrichterliches Verfahren. §. 144. Das Quellenregister umfasst: das Einführungsgesetz zur Jurisdictionsnorm und diese, das Einführungsgesetz zur Civilprocessordnung und diese, unter Anführung jener nach Artikeln und dieser nach Paragraphen, wobei die Seiten des Buches, wo beide angezogen sind, sorgfältig aufgeführt sich vorfinden; ferner das Gerichts-Organisationsgesetz, die Gewerbegerichtsordnung, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. December 1864, Nr. 144, desgleichen über Einsetzung eines Reichsgerichtes vom 21. December 1867, Nr. 143, das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, die allgemeine Wechselordnung, die Concursordnung, Advocatenordnung, das allgemeine Strafgesetz, die Strafprocessordnung, das Hofdecret vom 23. August 1879, Nr. 1595 J. G. S. (Eheverfahren) und noch einige andere Gesetze, darunter das über das Syndicats- und das Mahnverfahren — diese alle unter genauer Angabe der einschlagenden Artikel oder Paragraphen und der betreffenden Seitenzahlen.

Recht dankbar darf der Leser dem Verf. für ein 40 Seiten umfassendes Sachregister sein — ein für ein solches Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis unentbehrliches Hilfsmittel, dem leider wegen der Umfänglichkeit, Anwendung besonderer Sorgfalt und geschickter Anlegung, besonders wegen einer gewissen ermüdenden Langweiligkeit die Verfasser von Büchern zu oft möglichst aus dem Wege gehen, indem sie sich bei einer Inhaltsübersicht genügen lassen. Das Trutter'sche Sachregister zeigt deutlich die wohlmeinende Absicht, dem Leser recht behilflich zum Aufsuchen gewünschter Auskünfte zu sein. Die Stichworte sind im Drucke gut hervorgehoben und die untergeordneten Begriffe und Gruppen mit Seitenzahlen übersichtlich eingestellt. Aber auch im Text ist durch viele passende Markirungen das Studium der durchweg übersichtlichen Darstellungen besonders für Studirende und Praktikanten erleichtert, wozu ein klarer Druck (der Antiqua) auf gutem Papier erheblich mitverhilft. Unangenehm berührt wird man, beim Aufschneiden der Bogen oben und am Seitenrande von der recht wenig angebrachten Ersparung des Heftens, infolge deren die Bogen herausrutschen und umher-

Digitized by Google

fliegen. Der Verlagshandlung wird recht dringend empfohlen, sich einer jetzt so billigen Heftmaschine zu bedienen, um dem Leser ihrer Werke vielfachen Verdruss zu ersparen, da man solche doch nicht erst binden lässt.

Nun aber noch Einiges über die Bearbeitung dieses zweiten Theiles der österreichischen Civilprocessordnung als einer systematischen Darstellung. Das System hat, wie Verf. in dem Vorwort angeführt hat, sich an die moderne Processlehre eng angeschlossen, besonders der Professoren Bülow's und Planck's, auch Wach's in zweiter Linie. Die Einarbeitung aber auch anderer Processlehren, z. B. Ullmann's, v. Canstein's u. A. ist vielfach wahrzunehmen, mitunter auch abweichende Kritiken, unter denen die gegen Schuster von Bonnot dem Leser häufiger zu Gesicht kommt. Es ist nicht zu verkennen, dass die ganze systematische Anordnung des von der Legalordnung losgelösten Stoffes eine weit lebendigere Anschauung von dem Verlauf eines Civilprocesses gibt, als die seit dem Bestehen der deutschen Reichs-Civilprocessordnung der Geschichte anheim gefallenen Systeme des gemeinen und particulären Processes, welche im Formalismus das Möglichste leisteten und darüber den Anschluss der Lehre an den wirklichen Verlauf der Rechtsstreitigkeiten und an das Privat- wie öffentliche Recht vergassen, anstatt das organische Gebilde des Processverhältnisses zu anatomisiren und nach seiner physiologischen Zweckgestaltung darzustellen. Als Vorläufer zu der systematischen Darstellung des österreichischen Processrechts bietet Trutter's Arbeit: „Processualische Rechtsgeschäfte" erhebliche Unterstützung zum eingehenderen Verständniss der daraus mit entnommenen Begriffe und Bezeichnungen, die indessen so gemeinverständlich auch für den Anfänger im Studium gehalten sind, dass er bald sich in deren Gebrauch hineinfinden dürfte. Die Art der Darstellung gibt dem sonst in der Gesetzesform wenig anmuthenden Stoff ein ganz anderes Ansehen und fesselt das Interesse von Seite zu Seite. Der Zusammenhang der einzelnen in- und aneinander sich reihenden organisatorischen Verbindungen des Processverhältnisses zwischen den Parteien, dem Gericht und dritten Mitwirkenden; ferner die Reihenfolge der um den Gegenstand des Streites sich bewegenden Handlungen, unter welchen die processualischen Rechtsgeschäfte vor den Rechtsacten der Parteien unter den im Process vorkommenden Handlungen der Parteien neben den Richterhandlungen der Processart entsprechend eine hervorragende Stellung einnehmen. Was in dieser Richtung im allgemeinen Theil mehr grundlegend, thetisch und abstract erschien, bekommt im besonderen Theil Fleisch und Blut und Lebensfrische, wenn man das Bild des Organismus für den Process beibehalten darf. Die positiven Sätze und Satzungsgruppen des Civilprocessrechtes treten in ihrer Nothwendigkeits- und Nützlichkeitserscheinung umso lebhafter und begreiflicher hervor, als Verf. mit einem aus seiner mehr als 20jährigen Schulung als Hofadvocat zu Wien, den organischen Zusammenhang derselben in dem

Digitized by Google

praktischen Leben zu verstehen, reichliche Gelegenheit gehabt und nach Aufgeben dieser Stellung in eingehendster Weise sich dem Studium des deutschen Reichsprocesses und seiner Literatur Jahre hindurch in Zurückgezogenheit gewidmet und Früchte derselben und einer eigenen Durchdringung der grundlegenden Gedanken und ihrer Einführung in die Lehre in mehreren vortrefflichen Arbeiten gezeitigt hat. Die aussergewöhnliche Befähigung gerade zu einer solchen Bearbeitung, wie sie die vorliegende zeigt, tritt überall in Trutter's Werk hervor. Wir finden darin in kurzen Zügen überall den erklärenden Zweckgedanken der einzelnen Gliederungen des Processverhältnisses zum Verständniss der concreten Ordnung hervorgekehrt, und dazu dient eine geschickte Heranziehung der Motive („erläuternden Bemerkungen"), die Anknüpfung an früheres, der Geschichte anheimgefallenes österreichisches Civilprocessrecht, die Vergleichung namentlich mit dem Reichscivilprocess Deutschlands und seiner commentatorischen und theoretisch-praktischen Verarbeitung, sowie auch mit den neuesten wissenschaftlichen Darstellungen des österreichischen und deutschen Civilprocesses.

Ein lebhaftes Bild gewährt schon der erste Abschnitt des von der Processeinleitung handelnden Buches I mit der Ueberschrift: „Klage, deren Inhalt und Arten." Es sind Bülow's akademische Vorlesungen mit dessen Erlaubniss reichlich benutzt; doch ist das in sehr geschickter Weise geschehen und es kann nicht beanstandet werden, das, was nicht besser dargestellt und ausgedrückt werden kann, zum Verständniss Vieler, denen es sonst nicht zugänglich wäre, selbst in ursprünglicher Form wiederzubringen und auszunützen. Darin besteht ja der fortschrittliche Zweck wissenschaftlicher Bearbeitung besonders positiver Rechtsgebilde: auf Grund hervorragender Forschungen und Erklärungen das juristische Durchdenken der Stoffe nach ihrer Entstehung und Fortbildung anzuregen, nicht nur zur richtigen Erkenntniss des Geistes der positiven Satzungen für Gewinnung richtiger Anwendungen, sondern auch zur Beurtheilung der Besserungsfähigkeit wie Bedürftigkeit von Einzelerscheinungen hinzuleiten. Der vergleichenden Kritik hat auch Trutter sich nicht verschlossen, wie es von einem Dogmatiker, der sich von der Commentarbearbeitung abwendend zur systematischen Darstellung des positiven Civilprocessrechtes herangewagt hat, ehe nur die Commentirung sich dessen bemächtigt hatte, nicht anders zu erwarten war, mehr noch von einem Praktiker, dessen Beruf eine zur anderen Natur gewordene Kritik mit sich bringen musste.

Erst nach der Auseinandersetzung der Anforderungen, welche das heutige Processrecht an den Inhalt der Klage als processeinleitender Handlung stellt, der Bedingungen, unter welchen eine den Formvorschriften entsprechende Klage *causa efficiens* für das Zustandekommen eines rechtsbeständigen Processverhältnisses sein kann, konnte Verf. zur Besprechung der einzelnen Processvoraussetzungen, deren Gegebensein die Vorbedingung für den Rechtsbestand des Process-

Digitized by Google

verhältnisses bildet, übergehen. Diese sind allgemeine (die meisten und wichtigsten), welche für das Zustandekommen eines jeden rechtsbeständigen Processverhältnisses, eines jeden ebensolchen Verfahrens und Urtheils überhaupt gefordert werden; neben ihnen gibt es noch solche, welche nur gefordert werden, wenn sich das Processverhältniss in einer besonderen bestimmten Verfahrensart seinem Ziele zu entwickeln soll, die besonderen Processverhältnisse, welche nur den Gegenstand betreffen. Es wird insoweit auf unsere obige Wiedergabe der Inhaltsübersicht für Buch I verwiesen.

Zum Beweis des oben ausgesprochenen Urtheils mag bei dem hier nur beschränkt verstatteten Raum nur ein Abschnitt über die „Judicatsobligation" herausgehoben werden. Im allgemeinen Theil (§. 28) war ihr Begriff schon erwähnt bei „Beendigung des Processverhältnisses" in der normalen Gestalt gegenüber der abnormalen (durch *confusio*, Klagzurücknahme, Vergleich), nämlich bestimmungsgemäss durch das ergehende Urtheil, durch das die Rechtsanwendung auf den zur Entscheidung verstellten Sachverhalt erfolgt, nach Wach's Grundbuch des Civilprocessrechts I, S. 11: „Der Processzweck, die rechtsordnungsmässige, concrete Rechtsbewährung, wird erfüllt durch das Urtheil, die richterlich-autoritative Feststellung des den Processgegenstand bildenden (Privat) Rechtsverhältnisses"; damit erlischt als Zweckverhältniss das Processverhältniss und es tritt an seine Stelle die Judicatsobligatio, welche die rechtliche Grundlage des eventuell an den Process sich schliessenden Executionsverfahrens bildet. Das findet im besonderen Theil §. 119: „Wesen und Art des Urtheils" seine weitere Ausführung, und das Buch V: „Ausserordentliche Rechtsmittel" wird im §. 132 mit der „Judicatsobligatio" eröffnet, um damit die Unterlage für die Darstellung sowohl der Nichtigkeits- als auch der Restitutionsklage zu gewinnen. Mit dieser an die Stelle des Processverhältnisses getretenen Urtheilsverpflichtung (W. Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht. Heidelberg 1868, S. 544, besonders Anmerkung 4, S. 546 ff.). zerfällt das dreiseitige Processverhältniss als solches durch Ausscheiden des Gerichtes; wohl aber bleiben die beiden anderen Processsubjecte, Kläger und Beklagter, noch in einem publicistischen Rechtsverhältniss zu einander und das sie noch umschlingende Band ist die Judicatsobligation mit dem speciellen Inhalt des Urtheils. „Das Wesen der Judicatsobligatio besteht in der Bindung der Parteien an den Urtheilsspruch, in der Verpflichtung derselben, die durch den Urtheilsspruch erfolgte Privatrechtsnormirung als rechtswirksam anzuerkennen und den diesen entsprechenden factischen Zustand herzustellen, insoweit er nicht schon unmittelbar durch den Urtheilsspruch an sich hergestellt wurde. Der „Privatrechtsgedanke" im Urtheil.

So erklärt Trutter nach kurzer Angabe der abweichenden Ansichten diese moderne Auffassung. Nun folgt aber in klarster Darlegung die praktische Zergliederung: Der Staat hat durch das ihn

Digitized by Google

repräsentirende Gericht, durch das Urtheil dieses, zugleich die auf Verwirklichung seines Ausspruchs gerichtete Judicatsobligatio geschaffen; ausserhalb derselben stehend, stellt er zunächst den Parteien seine Gewalt zur Verfügung, sofern deren Anwendung zur Herstellung der Uebereinstimmung des factischen Zustandes mit dem rechtlichen, in dem Urtheile ausgesprochenen, nothwendig erscheint. „Die urtheilsmässige Leistung kann im Executionswege erzwungen werden. Damit, mit dieser Leistung, erlischt jedoch nur ein Theil des Inhalts der Judicatsobligatio; sie selbst bleibt noch bestehen und wirksam; der Staat hat dies Bestehen, diese Wirksamkeit zu schützen; er thut es in der intensivsten Weise. Während der Staat behufs Erfüllung der urtheilsmässigen Leistung nur über (richtiger: auf) Anrufen der Parteien in Action tritt (weshalb nicht mehr deutsch: Thätigkeit?), schützt er die materielle Rechtskraft des Urtheils von amtswegen“ . . . . . Er thut das dadurch, dass er jedes neue, etwa einseitig herbeizuführen versuchte neue Urtheil abschneidet und ein etwa darauf gerichtetes Verfahren als nichtiges, einen rechtlich unmöglichen Erfolg anstrebendes, erklärt. Damit ist der Inhalt der Judicatsobligatio noch nicht erschöpft, sondern es gehört dazu noch ein wichtiges Processrecht, durch dessen Ausübung das abgestorbene Processverhältniss wieder in's Leben gerufen werden kann, zuweilen auch nur, um als solches, welches niemals zu Recht bestand, erklärt zu werden. „Die Parteien haben das Recht, beim Vorhandensein gewisser, vom Gesetz bestimmter Voraussetzungen die Wiederaufnahme eines geschlossenen Verfahrens zu bewirken durch Anbringung einer neuen Klage, welche nach der C. P. O. sein kann: „Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmeklage.“ Hiemit geht Trutter zu der Gestaltung beider ausserordentlichen Rechtsmittel in der österreichischen C. P. O., unter Benutzung der „erläuternden Bemerkungen“, S. 313, über, welche erkennen lassen, dass, obwohl das Gesetz beide Klagen unter Einem mit Rücksicht auf die gemeinsame Wirkung der Wiederaufnahme des Verfahrens zusammenfasse, beide Klagen regelmässig eine Erneuerung des durch Erkenntniss geschlossenen Verfahrens bezwecken sollen.

Beide Klagen unterscheiden sich von allen anderen dadurch, dass sie keine processualischen Rechtsgeschäfte, sondern Rechtsacte, Ausübungshandlungen subjectiver Processrechte, und zwar sowohl gegenständlich als zeitlich beschränkter Processrechte sind. Hiebei hebt Trutter schon hier hervor, dass mit der Nichtigkeitsklage nach österreichischem Processrechte auch die Sache erledigende rechtskräftige Beschlüsse, nicht blos wie nach der deutschen R. C. P. O. rechtskräftige Urtheile, angefochten werden können; ferner, dass die österreichische Wiederaufnahmeklage nicht blos gegen rechtskräftige Urtheile beziehungsweise auf Wiederaufnahme eines durch solche geschlossenen Verfahrens wie die dem deutschen Processe angehörige Restitutionsklage, sondern auch gegen

Digitized by Google

nicht rechtskräftige Urtheile, beziehungsweise auf Wiederaufnahme eines durch ein solches geschlossenen Verfahrens gerichtet werden könne. Dass durch diese beiden positivrechtlichen Bestimmungen der dargelegten Auffassung der Einrichtung der Wiederaufnahme des Verfahrens auf dem Wege der Nichtigkeits- und Wiederaufnahmeklage kein Eintrag gethan werde, weist Trutter mit folgender Begründung nach: „Jedes Urtheil beendet das Processverhältniss, an dessen Stelle die Judicatsobligatio gesetzt wird. Es ist eine unter der Resolutivbedingung, dass es nicht angefochten oder abgeändert wird, erlassene Rechtsbestimmung; es erfolgt daher auch nur unter dieser Bedingung die Beendigung des Processverhältnisses und das Inslebentreten der Judicatsobligatio; das zu dem Inhalte derselben gehörige Recht, Wiederaufnahme des Verfahrens zu bewirken, soll nach positivrechtlicher Bestimmung auch *pendente conditione* ausgeübt werden können." Darauf wendet sich Trutter zur Beseitigung der Schwierigkeiten, welche sich in Bezug auf rechtskräftige Beschlüsse entgegenstellen, wenn nach österreichischer C. P. O. durch sie das Processverhältniss als rechtsunbeständiges erklärt wurde, was hier übergangen werden mag.

Zum Schluss dieser kleinen Abhandlung als leichtverständlicher Einführung in das System der ausserordentlichen Rechtsmittel in diesem von der Judicatsobligation handelnden Paragraphen bildet als Anknüpfung und Uebergang zu dem neuesten österreichischen Processrecht eine knappe Beschreibung des bisher gegolten habenden, unter Bezugnahme auf Ullmann's und v. Canstein's bekannte Lehrbücher. Besonderes Interesse nimmt — was nur noch hervorgehoben werden mag — §. 115 in Anspruch: „Beweis durch Vernehmung der Parteien." Darin findet man Verarbeitungen aus Trutter's Schriften: „*Bona fides* im Civilprocess" und „Schiedseid oder Parteienvernehmung", welche Referent früher in der Zeitschr. f. Civilprocess (Schultzenstein'sche) besprochen hat. Doch das mag genügen, um die Aufmerksamkeit jüngerer und älterer Juristen auf Trutter's sehr verdienstliches Werk hinzulenken, das auch ein Lehrbuch für die Reichsdeutschen sein zu können vollen Anspruch machen darf. Wer solche Bücher in so überzeugender wissenschaftlicher und doch einfacher Lehrform zu schreiben versteht, der wäre meines Erachtens auch berufen, mit bestem Erfolge aus seiner Studirstube herauszutreten und eine Lehrkanzel für Civilprocess besteigen zu können.

Weimar, im December 1897.

Dr. Herm. Ortloff,
weiland a. o. Professor in Jena, jetzt Landgerichtsrath a. D. in Weimar.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien.

Digitized by Google

X.

Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen.

Ueberarbeitung eines am 17. März 1897 in der Wiener juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrags.

Von

Professor Dr. **A. v. Tuhr.**

I.

Es ist bekanntlich im gemeinen Rechte streitig, ob es zu den Erfordernissen des obligatorischen Vertrages gehört, dass die Leistung einen Vermögenswerth habe. Dieser Streit hat sich bereits in die Theorie des b. G. B. fortgepflanzt.[1]) Es handelt sich bei dieser Frage darum, ein Kriterium zu finden, um die bindenden Verträge von den Verabredungen zu scheiden, denen keine rechtlichen Folgen zugeschrieben werden dürfen. Die einen suchen diesen Unterschied in dem Willen der Parteien, dem Fehlen der rechtlichen Absicht; die anderen in der von der Rechtsordnung normirten Beschaffenheit der Leistung. Das Richtige hat m. E. Kohler getroffen: „Ohne rechtlichen Charakter sind Zusagen, welche einer Sphäre des Lebens angehören, die, weil sie nicht geschäftsmässig ist und nicht geschäftsmässig sein soll, dem Rechte nicht unterworfen werden darf.“ [2]) Eine Einigung der Ansichten wird nicht sobald eintreten. Denn über

[1]) Ihering in seinem Jahrb. Bd. XVIII, S. 43 ff.; Windscheid, Pand. §. 251, Note 3; Dernburg, Pand. Bd. II, §. 17; Wendt, Pand. S. 457; Pernice, Labeo, Bd. III, S. 172 fg.; Hellwig im Arch. f. civil. Prax. Bd. LXXXVI, S. 223 fg.; Endemann, Einführung in das Studium des b. G. B. §. 109; Plank, Commentar, Bd. II, S. 5 fg.; Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 1 fg.

[2]) Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XII, S. 18.

Digitized by Google

die meisten Einzelfälle — soweit sie nicht Schulbeispiele sind — wird man von beiden Standpunkten aus zur gleichen Entscheidung kommen[3]), wenn man, wie es von den Anhängern des Erfordernisses des Vermögenswerthes meist geschieht, den Begriff der geldwerthen Leistung nicht zu eng fasst[4]); für die principielle Frage aber gibt das Gesetz keinen genügenden Anhalt.[5])

Die Frage nach der Erforderlichkeit des Vermögenswerthes soll hier nicht behandelt werden. Wir wollen im folgenden Leistungen von zweifellosem objectiven Vermögenswerth, Sachleistungen und Arbeitsleistungen, voraussetzen und uns fragen, ob bei solchen Leistungen[6]) ein subjectives Vermögensinteresse des Gläubigers zur Giltigkeit des Vertrages nöthig ist, d. h. ob Verträge nur dann giltig sind, wenn das Erfolgen oder Ausbleiben der Leistung auf den Vermögensstand des Gläubigers von Einfluss ist.[7])

---

[3]) Sogar in dem berühmten Beispiel, dass A dem B verspricht, ihn nicht durch Clavierspiel zu belästigen, sind fast alle Autoren einverstanden im Sinne der Giltigkeit des Versprechens; vgl. Hellwig, a. a. O. S. 232. Nur Endemann, a. a. O. Note 11, erklärt ein solches Versprechen, wenn es von einem Miether dem anderen abgegeben wird, für unwirksam, während es als Versprechen an den Vermiether giltig sein soll.

[4]) Vermögenswerth hat eine Leistung nicht nur im Sinne der Production (so, dass der Gläubiger durch die Leistung reicher wird), sondern auch im Sinne der Consumption (so, dass der Empfänger für die Leistung Geld opfert, dass die Leistung für Geld zu haben ist), vgl. Ihering, a. a. O. S. 49; Hellwig, a. a. O. S. 230; Endemann, a. a. O. Note 9.

[5]) B. G. B. §. 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Vgl. Protokolle, Bd. I, S. 279 fg.

[6]) Es gibt Leistungen, namentlich Unterlassungen, die einen allgemeinen Vermögenswerth nicht haben. Wird eine solche Leistung versprochen, so ist zur Giltigkeit des Vertrages ein Vermögensinteresse des Gläubigers allerdings erforderlich, weil eine zwecklose Beschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners keinen rechtlichen Schutz verdient. Vgl. Ihering, a. a. O. S. 110. Ein Beispiel ist das Concurrenzverbot, das doch wohl nur dann giltig ist, wenn der Gläubiger ein Interesse daran hat, die Thätigkeit des Schuldners zu beschränken.

[7]) Die Frage nach dem objectiven Vermögenswerth der Leistung ist streng zu scheiden von der Frage nach dem subjectiven Vermögensinteresse des Gläubigers, wie das bei Dernburg, a. a. O. geschieht. Eine Vermischung beider Fragen ergibt unklare Resultate, vgl. z. B. Brinz, Pand. §. 239, der zunächst den Satz aufstellt, die Leistung müsse für den Gläubiger von pecuniärem Belang sein (S. 93), und gleich darauf ein Affectionsinteresse des Gläubigers für genügend erklärt, wenn die Leistung einen Geldwerth habe (S. 94).

Digitized by Google

Die Antwort kann m. E. nur rein negativ ausfallen. Wenn D mir eine Leistung von allgemeinem Werth verspricht, z. B. eine Geldsumme oder sonstige Sache, oder eine Arbeitsleistung, die einen Geldwerth repräsentirt (Reparatur oder Transport einer Sache), so habe ich nicht nur dann eine giltige Forderung erworben, wenn diese Leistung dazu bestimmt ist, mein eigenes Vermögen zu vergrössern oder vor Verminderung zu bewahren, sondern ebensogut auch dann, wenn die Leistung zwar an mich zu erfolgen hat, aber unter solchen Umständen, dass nicht mein Vermögen davon berührt wird, sondern das eines dritten. Wenn der Mandatar (Commissionär) einkauft, so soll die zu liefernde Ware entweder gar nicht in sein Vermögen gelangen, oder in demselben als Durchgangsposten figuriren: wird sie geliefert, so wird er nicht reicher, erfolgt die Lieferung nicht oder nicht richtig, so wird er nicht ärmer. Trotzdem ist seine *a. emti* ebenso ins Leben getreten, wie wenn er auf eigene Rechnung gekauft hätte. Wenn ich eine Sache zur Bearbeitung oder zur Aufbewahrung hingebe, so sind die Verpflichtungen des Schuldners völlig unabhängig davon, ob ich an der Sache Eigenthum oder ein sonstiges Interesse habe, oder ob das Resultat seiner Bemühungen ausschliesslich einem dritten zugute kommt.[8]) In allen diesen Fällen kann ich, ohne dass das Vorhandensein oder Fehlen meines Interesses auch nur zur Sprache kommt[9]), auf Erfüllung des

---

[8]) Windscheid, Pand. §. 374, Note 5, §. 378, Note 5, §. 381, Note 2; Dernburg, Pand. Bd. II, §. 90, Note 7, §. 92, Note 8, Entscheidungen des Reichsgerichtes, Bd. XXV, S. 187 (= S. A. Bd. XLV, Nr. 11); *fr. 15, 16 commod. 13, 6, fr. 9, §. 4 de pign. act. 13, 7, fr. 31, §. 1 depos. 16, 3.* Ein Hinweis auf das Interesse des Gläubigers findet sich in *fr. 1, §. 39 depos. 16, 3: si praedo vel fur deposuerint et hos Marcellus libro tertio digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo quod teneantur.* Aber damit will offenbar nicht gesagt sein, dass der Deponent sein Interesse behaupten und beweisen müsse. Es liegt eine Erklärung des Rechtssatzes für den Leser vor.

[9]) Nicht ganz so weit in der Ablehnung des Erfordernisses eines Interesses geht Dernburg, a. a. O. Note 3: „Einen besonderen Nachweis (seines Interesses) hat der Gläubiger in der Regel nicht zu führen, es sei denn, dass concrete Umstände auf sein Fehlen hinweisen.“ Ich kann dem beschränkenden Satz nicht zustimmen: wenn auch z. B. der Deponent zugegebenermassen nicht Eigenthümer ist, so kann er m. E. doch nicht zum Beweis seines Interesses gezwungen werden; vgl. die in der vorigen Note citirte Entscheidung des Reichsgerichtes.

Digitized by Google

Vertrages klagen, ein Urtheil auf Erfüllung erzielen und es nach C. P. O. §§. 769 oder 773 vollstrecken lassen.[10])

Dass der obligatorische Vertrag in unserem heutigen Rechte kein eigenes Interesse des Gläubigers an der Leistung voraussetzt, ergibt sich mit Evidenz aus der allgemeinen Zulässigkeit der Verträge auf Leistung an einen dritten. Während die Römer principiell an dem Satze *„nemo alteri stipulari potest"* festhielten und, abgesehen von einzelnen Fällen[11]) nur da Ausnahmen zuliessen, wo ein eigenes indirectes Interesse des Gläubigers an der dem Dritten zukommenden Leistung vorlag[12]), ist dieser Standpunkt heute allgemein aufgegeben: ich kann mir giltig eine Leistung an einen dritten ausbedingen, an der mir jedes eigene Interesse fehlt.[13]) Ob der dritte eine Klage auf Vornahme der Leistung hat, ob also, um die bisherige Terminologie zu gebrauchen, der „Vertrag auf Leistung an den dritten" zugleich ein „Vertrag zu Gunsten des dritten" ist[14]), bestimmt sich gemäss der herrschenden Lehre und dem b. G. B. nach dem Willen der Contrahenten.[15]) Die Klage des dritten interessirt uns hier nicht; sie ist, so abnorm auch ihr Ent-

---

[10]) Nur in einer Beziehung kann bei vorhandenem Vermögenswerth die Frage des Interesses zur Geltung kommen: die versprochene Leistung darf nicht im ausschliesslichen Interesse des Schuldners liegen, vgl. Ihering, a. a. O. S. 84 fg. Ein Rath wird dadurch, dass man seine Befolgung verspricht, nicht verbindlich.

[11]) Z. B. *mandatum aliena gratia,* Dernburg, a. a. O. Note 2. Auch diesen Fall will Wendt, Pand., S. 460, auf eigenes Interesse des Gläubigers zurückführen.

[12]) Fr. 38, §. 20, 21 *de v. o.* 45, 1. A. M. für das classische Recht Pernice, Labeo, Bd. III, S. 193: Stipulationen auf Leistungen an einen dritten sollen auch ohne pecuniäres Interesse des Gläubigers giltig gewesen sein.

[13]) Jedes pecuniäre Interesse: denn dass ich in anderer Weise *(affectionis causa)* daran interessirt bin, dass dem dritten die Leistung zukommt, ist selbstverständlich; sonst würde ich den Vertrag nicht geschlossen und namentlich nicht die Begünstigung des dritten mit einem Geldopfer erkauft haben.

[14]) B. G. B. §. 328 fg. spricht von „Versprechen der Leistung an einen dritten", ohne terminologisch zu unterscheiden, ob der dritte nur Leistungsempfänger oder auch Gläubiger sein soll. Es wird sich empfehlen, zur speciellen Bezeichnung des zweiten Falles an dem bisher üblichen Ausdruck „Vertrag zu Gunsten dritter" festzuhalten.

[15]) B. G. B. §. 328 und die Auslegungsregeln der §§. 329, 330, vgl. Stammler, Schuldverhältnisse, S. 169.

Digitized by Google

stehungsgrund ist, dem Inhalte nach eine gewöhnliche Leistungsklage. Dagegen hat die Klage des Promissars, die meist neben der des dritten gegeben ist und mit ihr in einem eigenthümlichen Concurrenzverhältniss steht[16]), die Besonderheit, dass der Kläger eine Leistung verlangen kann, die nicht an ihn, sondern an einen dritten zu erfolgen hat. Entsprechend diesem Inhalt des Anspruchs gestaltet sich die Klage des Promissars und das Urtheil: beide gehen auf Leistung an den dritten.[17]) Auch die Zwangsvollstreckung bietet keine Schwierigkeiten, soweit sie nach C. P. O. §. 773 erfolgen kann.[18])

So ist denn der Mangel eines eigenen pecuniären Interesses kein Hinderniss für Giltigkeit und Wirksamkeit eines Vertrages, ob nun der Gläubiger eine (geldwerthe) Leistung an sich selbst oder an einen dritten zu verlangen hat. Die Existenz eines solchen Interesses braucht weder in der Klage behauptet, noch im Urtheil festgestellt zu werden, wenn das Urtheil und die Vollstreckung auf Erfüllung des Vertrages gerichtet ist. Dagegen tritt die Frage des Interesses in den Vordergrund, wenn der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder die Zwangsvollstreckung nach C. P. O. §. 778 betreiben muss. Denn der Begriff des Schadenersatzes, wie er bei den Römern und bei uns sich ausgestaltet hat, weist mit

---

[16]) B. G. B. §. 335, vgl. Stammler, a. a. O. S. 170.

[17]) A. M. Hellwig, a. a. O. S. 244, Note 30: „Dagegen kann der Promissar nicht auf Leistung an den dritten klagen, noch weniger ein Urtheil solchen Inhalts exequiren. Denn die Klage auf Leistung als Mittel zur Rechtsverwirklichung ist nur denkbar durch denjenigen, von dessen Mitwirkung (Zahlungsempfangnahme u. s. w.) die Rechtsverwirklichung abhängig ist." Citirt wird eine zweifelnde Aeusserung von Wach, Handbuch, S. 518, Note 3. Ich halte diese Ansicht nicht für richtig. Allerdings kann dem dritten die Leistung nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden. Aber das ist kein Hinderniss für die Giltigkeit des Vertrages. Wenn der dritte die Leistung zurückweist oder von vornherein erklärt, sie nicht annehmen zu wollen, so wird dadurch die dem Promittenten obliegende Leistung unmöglich (Planck, Commentar zu §. 335, Nr. 2). Aber mit dem an sich nicht sehr wahrscheinlichen Fall der Zurückweisung braucht man nicht zu rechnen, solange er nicht eingetreten ist. Im b. G. B. ist der Fall der Zurückweisung der Leistung seitens des dritten in §. 333 vorgesehen (Ein weiterer Fall der Klage der Leistung an einen dritten findet sich im b. G. B. §§. 869 und 986).

[18]) Vgl. mein Buch *Actio de in rem verso* (hier citirt als Versio) S. 106 fg., und neuerdings Zeitschr. f. Civilprocess, Bd. XXV, S. 186.

Digitized by Google

logischer Nothwendigkeit auf die persönlichen Vermögensverhältnisse des Gläubigers zurück. Wenn die Leistung zum Vermögen des Gläubigers in keiner Beziehung stand, wenn infolgedessen ihr Ausbleiben den Gläubiger nicht schädigt (sondern vielleicht einen dritten), so scheint auf den ersten Blick ein Schadenersatzanspruch des Gläubigers ausgeschlossen zu sein. Aber soll der Schuldner, der doch zur Leistung verpflichtet war und unter Umständen dazu hätte angehalten werden können, obwohl der Gläubiger an der Leistung kein Interesse hatte, soll nun der Schuldner von der normalen Rechtsfolge der schuldhaften Nichterfüllung, der Entschädigungspflicht, frei werden? Sollte nicht vielmehr der Schuldner den Schaden des dritten, den er ja durch sein vertragswidriges Verhalten gestiftet hat, ersetzen müssen? Und sollte er nicht auf Grund des Vertrages vom Gläubiger dazu angehalten werden können?

Diese Fragen sind, soviel mir bekannt, in ihrem ganzen Umfange noch nie *ex professo* behandelt worden; sie werden nur hin und wieder in gelegentlichen Bemerkungen gestreift.[19]) Doch hat eine Kategorie der hier in Betracht kommenden Fälle Anlass zu eingehenden Untersuchungen gegeben, deren Resultat bei Windscheid, Pandekten, §. 258, Nr. 3, in dem Satze zusammengefasst ist:

„Hat sich der Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem anderen erlittene Nachtheil."

Die Gesetzgebung hat sich aus naheliegenden Gründen mit dem Detail der Lehre vom Interesse nicht befasst. Bei der zweiten Lesung des Entwurfes sind zwei Anträge gestellt worden zur Regelung der „mittelbaren Beschädigung".[20]) Sie

---

[19]) Ihering, a. a. O. S. 110, Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I, S. 36, Note 22.

[20]) Protokolle, Bd. I, S. 298: „1. Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem dritten entstandenen Schaden. 2. Hat jemand im eigenen Namen für Rechnung eines anderen einen Vertrag mit einem dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde," eventuell mit dem Zusatz: „die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung,

Digitized by Google

wurden jedoch zurückgewiesen: „weil angenommen werden könne, dass auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Rechtsprechung wie bisher zu dem richtigen Ergebniss gelangen werde, und weil es sich nicht empfehle, in einer so zweifelhaften, noch nicht zu festem Abschluss gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen".

Bei dieser Sachlage scheint mir eine Untersuchung der principiellen Frage, ob der Gläubiger Ersatz des Schadens verlangen könne, den nicht er, sondern ein dritter erlitten hat, weder der theoretischen Bedeutung, noch der praktischen Wichtigkeit zu ermangeln; letzteres umsoweniger, als das b. G. B. in der Lehre vom Interesse durchaus auf dem Boden des gemeinen Rechtes steht.[21])

II.

Ehe ich auf die Frage eingehe, ob und wie der Gläubiger Ersatz für den Schaden eines dritten verlangen könne, scheint es mir angemessen festzustellen, inwiefern der Gläubiger ein eigenes Interesse an der Leistung haben kann. Erst dann werden sich die Fälle ergeben, in denen es an einem eigenen Interesse des Gläubigers fehlt.

Der Gläubiger ist an der Leistung interessirt, wenn das Nichterfolgen der Leistung eine schädliche Wirkung auf sein Vermögen ausübt.[22]) Das kann nun in verschiedener Weise stattfinden:

---

wenn durch eine zum Schadenersatze verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, welche der Beschädigte einem anderen herauszugeben verpflichtet ist."

[21]) Dieselben Fragen können auch beim Schadenersatz aus Delicten vorkommen, z. B. D zerstört eine Sache des C, welche dieser dem T unter einer Conventionalstrafe versprochen hat. Nach *fr. 25 pr. ad l. Aq. 9, 2* kann C ausser dem Sachwerth auch noch sein im Betrage der Conventionalstrafe bestehendes Interesse verlangen. Wie ist es nun aber, wenn T nicht die Vorsicht beobachtet hat, sein Interesse an der Lieferung durch Conventionalstrafe zu sichern? Sollte nicht auch in diesem Falle C dem Schuldigen D den Ersatz des Schadens aufbürden können, den er durch Zerstörung der Sache dem Gläubiger zugefügt hat? Diese Fragen will ich, um meinem Thema keine zu grosse Ausdehnung zu geben, hier ausser Spiel lassen.

[22]) Nicht zu verwechseln mit dem Interesse an der Leistung ist das Interesse, das jemand an dem Vertragsschluss haben kann. Wenn ich z. B. den C beauftrage, als mein directer Stellvertreter mit D zu contrahiren, so ist er

Digitized by Google

1. Durch die Leistung soll dem Vermögen des Gläubigers ein neues Activum zugeführt, respective der Werth eines Activums erhöht oder vor Verminderung bewahrt werden: Zuwendung an den Gläubiger oder Verwendung auf seine Vermögensstücke. Das Interesse des Gläubigers ist in diesen Fällen ein unmittelbares, directes: durch das Ausbleiben der Leistung hat er in seinem Activvermögen ein *lucrum cessans* oder *damnum emergens* erlitten. Im normalen Falle ist dieses unmittelbare Interesse des Gläubigers ein definitives: Der Schaden, der sein Vermögen betroffen hat, bleibt an demselben haften. Wenn aber der Gläubiger als indirecter Stellvertreter (Commissionär) des T contrahirt hat, so war die Leistung dazu bestimmt, durch sein Vermögen hindurch in das des T zu gelangen.[23]) Wäre die Leistung an den Gläubiger erfolgt, so wäre dadurch wohl eine Vermehrung seiner Activen entstanden, zugleich aber eine Verpflichtung, die erhaltenen Werthe dem Vermögen des T zuzuführen: der Inhalt der Leistung hätte also im Vermögen des Gläubigers als Durchgangsposten figurirt. Daher ist das Interesse des Gläubigers in diesem Falle ein transitorisches.[24]) Das definitive Interesse ist beim dritten, T, in dessen Vermögen die Leistung schliesslich gelangen sollte. Der Betrag des transitorischen Interesses bestimmt sich nach dem objectiven Werth der Leistung. Eine Erhöhung durch die subjectiven

---

am Vertragsschluss interessirt, weil er für den aus der Unterlassung entstehenden Schaden haftet, die Leistung dagegen lässt sein Vermögen ganz unberührt.

[23]) Ich gehe hiebei von der Anschauung aus, dass der Einkaufscommissionär Eigenthum an der Ware erwirbt, vgl. Staub, Commentar zum H. G. B, Art. 360, §. 11 und neuerdings Lenel, Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXVI, S. 67 fg.

[24]) Man könnte versucht sein, weiter zu gehen und ein eigenes Interesse des C an der Leistung in Abrede zu stellen, wenn die Leistung dazu bestimmt ist, aus seinem Vermögen in das eines dritten überzugehen. Aber ich glaube, dass der Schuldner nicht befugt ist, die Beziehungen des Gläubigers zu dritten Personen aufzudecken, wenn der Gläubiger seinen Anspruch begründen kann, ohne diese Beziehungen zu berühren. Das wäre eine unzulässige Einrede *ex persona tertii*. Denn jedenfalls wäre der Gläubiger um den Werth der Ware reicher geworden, wenn sie der Schuldner ihm geliefert hätte; ob er verpflichtet ist, diese Ware an einen dritten gegen einen anderen Werth einzutauschen, geht den Schuldner nichts an. Man bedenke die Möglichkeit, dass diese Beziehungen zum dritten sich auflösen und der Gläubiger die Leistung definitiv in seinem Vermögen behält. Vgl. für die analoge Frage des Versicherungsrechtes, ob der Verkäufer das Eigenthumsinteresse habe, Reichsgericht, Bd. XXIII, Nr. 15.

Digitized by Google

Verhältnisse des Gläubigers ist ausgeschlossen, weil der Gegenstand der Leistung in keine Beziehungen zu dem übrigen Vermögen des Gläubigers treten soll. Dagegen kann das definitive Interesse des T den objectiven Werth der Leistung übersteigen, weil die Leistung dazu bestimmt ist, in dem Vermögen des T weitere gewinnbringende oder schadenabwendende Wirkungen auszuüben. Transitorisches und definitives Interesse sind, soweit ihre Beträge einander gleichkommen, Coincidentinteressen[25]: hätte der Gläubiger die Leistung erhalten, so wäre sie demnächst dem T zugekommen. Erst bei T hätte die Leistung weitere ökonomische Folgen gehabt, an denen T allein interessirt ist[26]

2. Der Gläubiger hat kein directes Interesse an der Leistung, wenn und soweit das Ausbleiben derselben sein Activvermögen unberührt lässt. So ist z. B. bei den Realverträgen und bei der Miete der Gläubiger an der Integrität der Sache nicht direct interessirt, wenn die Sache nicht seinem Vermögen angehört. So hat der Commissionär kein directes Interesse an dem Schaden, den der Committent durch das Ausbleiben der gekauften Ware erleidet, soweit dieser Schaden das eigene transitorische Interesse des Commissionärs übersteigt. In beiden Fällen findet sich das directe Interesse an der Erfüllung der Obligation nicht beim Gläubiger, sondern beim dritten, T, aber der Gläubiger kann ein mittelbares Interesse haben, wenn er zum dritten, T, in solchen Beziehungen steht, dass der Nachtheil, den T unmittelbar erleidet, auf das Vermögen des C einen Einfluss übt. Die wichtigsten Fälle des indirecten Interesses sind:

a) das Haftungsinteresse: das Ausbleiben der Leistung afficirt direct das Vermögen des T, aber der Gläubiger C haftet dem T für dessen Schaden. Er hat daher an der Leistung seines Schuldners ein eigenes, wenn auch indirectes Interesse, das mit dem unmittelbaren Interesse des T coincidirt. Der Schaden findet sich im Vermögen des T als Verminderung der

[25]) Im Sinne von Ehrenberg, Versicherung, Bd. I, S. 19.

[26]) Ein transitorisches, auf den Werth der Sache beschränktes Interesse behält auch der Verkäufer an der Sache, nachdem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Das definitive Interesse ist auf den Käufer übergegangen und wird in der Regel grösser als das transitorische sein, da der Käufer die Sache für seine speciellen Zwecke erworben hat und diese Zwecke durch Nichtlieferung der Sache vereitelt oder gehindert werden können.

Digitized by Google

Activen, im Vermögen des C als Vermehrung der Passiven, als Schuldbelastung, welche dem Schaden des T genau entspricht und ihn zu decken bestimmt ist. Wenn C solvent ist, so bleibt der Schaden definitiv an ihm hängen.

Das Haftungsinteresse kann je nach dem Grade der Haftung des C von verschiedener Intensität sein.

α) Es ist ein absolutes, wenn C dem T für die Handlungen seines Schuldners D absolut aufzukommen hat. So z. B., wenn C Waren von D kauft, um sie dem T zu liefern, dem er sie weiterverkauft hat; geräth D in Verzug, und kann deswegen C die Sache nicht rechtzeitig leisten, so ist T unmittelbar geschädigt, C mittelbar, weil er dem T für seinen Schaden haftet, und zwar, ohne dass zu untersuchen ist, ob C an dem Ausbleiben der Leistung eine Mitschuld trägt oder nicht.[37]) Oder: C verwendet den D bei Erfüllung seiner Pflichten gegen T als Angestellten oder Substituten. Sein Haftungsinteresse ist absolut, wenn er für die Handlungen des D ohne Entlastungsbeweis einzustehen hat.

β) Das Haftungsinteresse des C ist relativ, wenn er für das Verhalten des D nur bei mitwirkendem eigenen Verschulden einzustehen hat. Hat C gethan, was von ihm verlangt werden kann, *diligentia in eligendo, instruendo, custodiendo* prästirt, und kann er dieses beweisen, so hat er an der Leistung des D kein eigenes mittelbares Interesse: unterbleibt die Leistung, so trifft der Schaden ausschliesslich den T.

b) Das indirecte Interesse des C an der Leistung kann ein Retentionsinteresse sein: Die Leistung des D soll zwar in die Hände des C, aber nicht in sein Vermögen, sondern in das des T erfolgen, sie würde das Vermögen des C nicht einmal transitorisch berühren, aber C hätte den Vortheil gehabt, dass er die an ihn vorgenommene Leistung dem T solange hätte vorenthalten können, bis ihn T für einen Gegen-

[37]) Hätte C eine specielle Sache von D gekauft und vor der Lieferung an T weiterverkauft, so würde er, wenn die Sache durch ein Verschulden des D untergeht, nach gemeinem Recht für die Unmöglichkeit der Leistung seinem Käufer T nicht haften. (Ob der Verkäufer D im Sinne von b. G. B. §. 278 zu den Personen gehört, „deren sich C zu der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient", scheint mir nicht zweifellos zu sein.) C hat daher an der Leistung des D kein Haftungsinteresse, welches dem Schaden seines Käufers T gleichkäme, sondern nur ein auf den Sachwerth beschränktes transitorisches Interesse.

Digitized by Google

anspruch befriedigt hätte. Unter Umständen hätte C auch aus dieser ihm zugekommenen Leistung Befriedigung für seinen Gegenanspruch suchen können. In dieser Weise kann, wer fremde Sachen hinterlegt, leiht, vermietet u. s. w., an der Rückgabe dieser Sachen interessirt sein.[28]) Das Interesse reicht nur so weit, als Gegenansprüche des C gegen T bestehen und der Sicherung bedürfen. Wenn und soweit ein Retentionsinteresse des C an der Leistung besteht, liegt in demselben eine Minderung des directen Interesses des T; er hat die Leistung abzüglich des Werthes der Gegenansprüche des C zu erhalten. Retentionsinteresse des Gläubigers C und directes Interesse des dritten, T, sind Concurrenzinteressen.

Wir haben bisher nur die Fälle betrachtet, in denen von vornherein, beim Abschluss des Vertrages, statt des Gläubigers C der dritte, T, an der Leistung interessirt ist. Dieselbe Sachlage kann nun aber auch nachträglich, nach Abschluss des Vertrages, eintreten. Das ursprüngliche eigene Interesse des Gläubigers kann aus einem definitiven zu einem transitorischen werden; der Käufer verspricht z. B. dem T, die gekaufte Sache zu dem Anschaffungswerth abzutreten; nunmehr ist das definitive Interesse des C durch das des T ersetzt; ihn, den T, trifft der Schaden, wenn die Leistung ausbleibt, zum Vermögen des C hat die Leistung nur noch die Beziehung, dass der Gegenstand der Leistung durch sein Vermögen hindurchgehen soll. Oder das directe Interesse verwandelt sich in ein Haftungsinteresse, z. B.: C hat die Sache für sich gekauft, sein directes Interesse bestimmt sich nach der Verwendung, den der Gegenstand in seinem Vermögen finden sollte; nunmehr verkauft C die Sache weiter an T. Jetzt ist T der directe Interessent, nach seinen Verhältnissen bemisst sich der Schaden, den das Ausbleiben der Leistung stiftet; aber für diesen Schaden muss ihm C aufkommen. C ist also immer noch an der Leistung des D interessirt, und zwar nicht nur transitorisch, wie im ersten Fall, bis zum Betrag des Sachwerthes, sondern als Haftungsinteressent bis zum vollen Betrage des Schadens, den T erleidet.

[28]) Auch dem Einkaufscommissionär müsste man ein Retentionsinteresse an der Leistung des Verkäufers zuschreiben, wenn er nicht ein directes transitorisches Interesse hätte vermöge der Thatsache, dass die Ware in sein Vermögen zu kommen bestimmt ist.

Digitized by Google

Oder endlich: Das ursprüngliche Interesse des Gläubigers C verschwindet ganz und an dessen Stelle tritt als einziges Interesse das des dritten, T; z. B.: C lässt sich von D die Reparatur einer ihm, dem C, gehörenden Sache versprechen; ehe die Arbeit begonnen hat, schenkt C die Sache dem T. Nunmehr hat C an der Ausführung der Arbeit keinerlei eigenes Interesse, weder ein directes (denn die Erhöhung des Sachwerthes würde nicht ihm zugute kommen), noch ein Haftungsinteresse (denn der Schenkgeber hat für die Beschaffenheit der Sache nicht einzustehen). Dagegen ist T daran interessirt, dass D die versprochene Arbeit ausführe, ihm würde das Resultat zum Vortheil gereichen. Trotzdem hier das Interesse an der Leistung vollkommen vom Gläubiger auf den dritten übergegangen ist, scheint mir die Giltigkeit des Vertrages zweifellos zu sein. C kann sich durch ein Urtheil ermächtigen lassen, die Reparatur auf Kosten des D vornehmen zu lassen. Allerdings gibt es eine Pandektenstelle, die das Gegentheil aussagt, *fr. 34 locati 19, 2:*

Julianus: Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset.

Aber diese Stelle kann für unser Recht nicht massgebend sein. Sie entspricht der römischen Anschauung, dass Verträge auf Leistung an einen dritten nur dann giltig sind, wenn der Gläubiger an dieser Leistung ein eigenes Interesse hat. Als Consequenz dieser Anschauung muss die Entscheidung Julians dahinfallen, sobald man in der Hauptfrage den römischen Standpunkt verlässt.[29]) Wenn C anerkanntermassen eine Sache des T rechtswirksam zur Reparatur geben kann, ohne an dieser Sache irgendein Interesse zu haben, warum soll derselbe Vertrag, in Bezug auf eine Sache des C geschlossen, ungiltig werden, wenn C das Interesse, das zu Entstehung der Obligation nicht nöthig war, nachträglich verliert? Natürlich kann die Erfüllung des Vertrages am Widerspruch des T scheitern; T kann eine Veränderung an seiner Sache verbieten, diese

[29]) In diesem Sinne Windscheid, Pand., §. 361, Note 2. A. M. Dernburg, Pand., Bd. II, §. 68, Note 13: die Obligation soll mit gänzlichem Wegfall des Interesses erlöschen, während doch zur Entstehung der Obligation nach §. 17 ein Interesse des Gläubigers nicht verlangt wird.

Digitized by Google

Sache nöthigenfalls vindiciren. Aber erst durch diesen Widerspruch wird die Verpflichtung des D hinfällig, nicht schon durch den Wechsel in der Person des Interessenten. Die Obligation erlischt wegen Unmöglichkeit der Leistung (vgl. oben Note 17).

Ein weiteres wichtiges Beispiel für den vollen Uebergang des Interesses vom Gläubiger C auf einen dritten, T, bietet die Eviction einer Sache beim Singularsuccessor des Käufers. Der Verkäufer D hat dem Käufer C das *habere licere* zu prästiren, und wenn er das nicht vermag, das Interesse zu ersetzen. Veräussert nun C die Sache an T, so hat er damit sein directes Interesse an der Leistung des D aufgegeben. Hat er die Sache verkauft, so wird er in der Regel ein Haftungsinteresse an der Leistung behalten. Aber die Haftung kann wegbedungen sein; sie ist durch Gesetz ausgeschlossen bei der Schenkung. Soll nun D von seiner Verpflichtung zur Gewährung des *habere licere* dadurch frei werden, dass der Käufer kein eigenes Interesse mehr hat? Oder soll er nicht richtiger Weise nach wie vor verpflichtet sein? Da nun aber die Evictionsklage nicht auf Erfüllung (Gewährung des *habere licere*), sondern von vornherein auf Schadenersatz gerichtet ist, so stehen wir hier sofort vor unserer Hauptfrage:

„Kann der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn das Interesse an der Erfüllung nicht bei ihm, sondern bei einem dritten ist?“

III.

Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen, wenn der Gläubiger ein mit dem directen Interesse des T coincidirendes Haftungsinteresse an der Leistung von vornherein hatte oder nach Uebergang des directen Interesses behalten hat. Nur ist die Art des zu gewährenden Schadenersatzes entsprechend der Beschaffenheit des Schadens eine besondere. Der Schaden des Gläubigers besteht darin, dass er mit einer Schuld an T belastet ist: der dem Schaden adäquate Ersatz besteht in der Aufhebung dieses Schadens, d. h. in der Befreiung des C von seiner Schuld an T.[30]) Allerdings finden sich eine Reihe von

[30]) Vgl. Versio, S. 87, wo ich mich über diese Frage noch zweifelnd ausgesprochen habe. Diese Varietät des Schadens und seines Ersatzes ist bisher in

Digitized by Google

Entscheidungen, in welchen dem C als Schadenersatz der Nominalbetrag, den er an T schuldig geworden ist, zugesprochen wird [31]), in anderen Urtheilen wird dagegen bei gleichem Thatbestand auf Schuldbefreiung erkannt. [32]) Ich erkläre mir dieses Schwanken der Jurisprudenz nicht aus einem bewussten Gegensatz der Anschauungen, sondern daraus, dass der Schuldner D in der Regel nichts dagegen hat, wenn er überhaupt zum Ersatz des bei C noch nicht definitiv eingetretenen, sondern nur als Schuldbelastung drohenden Schadens verurtheilt wird, diesen Ersatz durch Zahlung an C zu leisten, dem C Deckung zu gewähren. In den Fällen, in welchen D zur Zahlung an C verurtheilt wurde, scheint sich der Streit auf die Fälligkeit der Schadenersatzpflicht bezogen zu haben, nicht auf die Art der Ersatzleistung. [33]) Dass der Ersatz bei Schuldbelastung in der Befreiung besteht und die Zahlung an C nur *in solutione* ist, ergibt sich für das b. G. B. aus dem in §. 249 adoptirten Princip: „Wer zum Schadenersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Beim Ersatz von Aufwendungen hat das b. G. B. in §. 257 ausdrücklich Schuldbefreiung angeordnet, wenn die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Bestimmung lässt sich m. E. eher als Analogie für den Schadenersatz wegen Schuldbelastung verwenden denn als *argumentum a contrario* gegen die Annahme eines Ersatzes durch Schuldbefreiung. [34])

---

der Literatur wenig beachtet worden. Selbst bei Mommsen, Interesse, S. 121, findet sich nur eine kurze Bemerkung. Vgl. ferner Staub, Commentar zum H. G. B., Art. 283, §. 3, Art. 355, §. 26.

[31]) R. O. H. G., Entscheidungen, Bd. I, Nr. 6, Bd. III, Nr. 45, Bd. XII, Nr. 88, Bd. XIII, Nr. 3, Bd. XV, Nr. 19, Bd. XVIII, Nr. 22, S. 97 und Nr. 78, S. 277; vgl. Versio, S. 53.

[32]) R. O. H. G., Bd. XVII, Nr. 83, Seufferts Archiv, Bd. XXXIX, Nr. 199, Bd. XLVI, Nr. 9.

[33]) Auch in der einzigen Quellenstelle, die zu Gunsten der Zahlung des Nominalbetrages angeführt wird, liegt der Nachdruck nicht auf dem Inhalt, sondern auf der Fälligkeit des Schadenersatzanspruchs. *Fr. 27 de n. g. 3, 5: Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse domino quicquam praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.* Uebrigens musste sich ein Liberationsanspruch vermöge der *pecuniaria condemnatio* in Zahlung umsetzen, vgl. Versio, S. 49 und *fr. 24, §. 2 sol. matr. 24, 3.*

[34]) Vgl. Endemann, Einführung, Bd. I, S. 564.

Digitized by Google

Es bleibt noch eine Frage zu besprechen, welche uns beim Ersatzanspruch des Haftungsinteressenten entgegentritt. Wenn C gegen D klagt, so hat er einerseits nachzuweisen, dass D dem dritten einen Schaden zugefügt hat, und andererseits, dass er, C, zum dritten in einem Rechtsverhältniss steht, kraft dessen er dem Dritten für diesen Schaden aufzukommen hat. Dieses zweite Stück des Klagfundamentes gestaltet sich sehr einfach, wenn die Haftung des C gegenüber dem dritten eine absolute ist. Wie ist es aber, wenn die Haftung des C relativ, d. h. abhängig von einem eigenen Verschulden ist? So haftet nach gemeinem Recht[35]) und nach §. 664 des b. G. B. der Mandatar bei befugter Substitution nur dann für die Handlungen des Substituten, wenn ihn selbst eine *culpa in eligendo, custodiendo, instruendo* trifft. Wenn nun der Substitut D einen Fehler begangen und damit den Mandanten T geschädigt hat, so kann sich T an seinen Mandatar C halten und bekommt von diesem Schadenersatz, wenn es dem C nicht gelingt, den Exculpationsbeweis zu führen. Ist C dem T verurtheilt worden, so kann er Regress gegen D nehmen. Wenn aber das Haftungsverhältniss zwischen C und T noch nicht geklärt ist und C sich veranlasst sieht, vor der Entscheidung über seine eigene Haftbarkeit gegen D vorzugehen — und er kann gute Gründe haben, seine Ansprüche gegen D sofort geltend zu machen —, dann stehen wir vor einer eigenthümlichen Schwierigkeit. Soll C zur Begründung seines Interesses sich darauf berufen müssen, dass er selbst ein Verschulden gegen T begangen hat, soll er dem D gegenüber eine eigene *culpa* behaupten, die er demnächst in seinem Process mit T bestreiten wird? Das würde zu einer ganz unnatürlichen Verschiebung der Parteistellungen führen: der Kläger würde sich auf sein eigenes Verschulden stützen, der Beklagte könnte behaupten, dass der Schaden ganz allein durch ihn, ohne Mitverschulden des Klägers angerichtet ist. Eine Auffassung, die zu solchen Resultaten führt, kann nicht die richtige sein. Die Frage, ob C dem T gegenüber ein Verschulden begangen hat, kann nicht zwischen C und D, sondern nur zwischen den Betheiligten C und T zur Entscheidung kommen. Sie braucht aber auch nicht entschieden zu sein, da-

[35]) Windscheid, Pand., §. 410, Note 6; Dernburg, Pand., Bd. II, §. 115, 1*a*.

Digitized by Google

mit C seinen Schuldner D in Anspruch nehmen kann. Denn das Haftungsinteresse des C an dem durch D angerichteten Schaden ist schon dadurch begründet, dass C für diesen Schaden von T in Anspruch genommen werden kann. Ob es ihm gelingen wird, den Exculpationsbeweis zu führen, wenn T mit seinen Ansprüchen gegen ihn vorgeht, kann vorläufig niemand sagen. Jedenfalls ist er schon jetzt infolge der *culpa* des D einer Haftung ausgesetzt, die möglicherweise zu einer effectiven Vermögensverminderung führen wird. In dieser Haftung besteht sein Schaden, und die Aufhebung dieses Schadens kann er von D verlangen. Hier zeigt sich noch deutlicher als beim absoluten Haftungsinteresse, dass es sich nicht um Zahlung des Schadenbetrages an C, sondern um seine Befreiung von seiner Haftung (respective, wenn eine Geldsumme an ihn gezahlt wird, um Deckung) handelt. Denn es kann nicht im Sinne der Rechtsordnung liegen, dem C definitiv eine Geldsumme zu verschaffen zum Ersatze eines Schadens, an dem er kein directes und möglicherweise auch kein indirectes Interesse hat.

IV.

Wir kommen nunmehr zu den Fällen, in denen der Gläubiger keinerlei Interesse, auch kein Haftungsinteresse, an der Leistung hat, diese Leistung vielmehr ausschliesslich im Interesse ein dritten liegt. Kann der Gläubiger Schadenersatz bei Ausbleiben einer solchen Leistung verlangen? Wir haben schon oben S. 534 constatirt, dass sich eine verneinende Antwort aufdrängt, wenn man bedenkt, dass der Schadenersatz sich nach dem Interesse des Gläubigers bemisst. Nun ist aber das Interesse als Massstab des Schadenersatzes in unserem wie im römischen Rechte die Regel, aber durchaus keine ausnahmslose Regel. Der Umfang des Schadenersatzes kann durch das Gesetz oder durch den Willen der Parteien nach anderen Thatsachen als nach dem Interesse des Gläubigers (d. h. nach der Verminderung seines gesammten Vermögens) bestimmt sein.

So kann das Gesetz dem Gläubiger als Ersatz für das Nichterfolgen der Leistung ein Recht auf den objectiven Werth der Leistung, bei Sachleistung — auf den Sachwerth zusprechen. Die Bemessung des Schadenersatzes nach dem Sachwerth war das herrschende Princip im älteren römischen Recht,

Digitized by Google

erst allmälig wurde es durch den subjectiven Massstab des klägerischen Interesses verdrängt; besonders deutlich sehen wir diesen Uebergang sich bei der *actio legis Aquiliae* vollziehen. Diese Rechtsänderung ging aus der besseren nationalökonomischen Einsicht hervor, dass die Sache, durch deren Zerstörung, respective Nichtlieferung der Kläger geschädigt war, vermöge ihrer schon bestehenden oder beabsichtigten Verbindung mit seinem sonstigen Vermögen für ihn einen besonderen Werth haben kann, und aus dem Bestreben des feiner entwickelten Rechtes, den Schaden, für welchen der Beklagte aufkommen sollte, im vollen Umfange auszugleichen.[36]) Diesen Vorzügen des Interessenprincipes stehen gewisse Nachtheile gegenüber: die Bestimmung des Interesses erfordert ein genaues Eingehen auf die Vermögensverhältnisse des Geschädigten, welches oft zu weitläufigen Untersuchungen und Streitigkeiten führt; es entsteht die oft schwer zu entscheidende Frage, ob weiterliegende Wirkungen des angerichteten Schadens noch dem Schuldigen zugerechnet werden können; endlich kann der Ersatz des vollen Interesses, so erwünscht er auch vom Standpunkte des Geschädigten ist, unter Berücksichtigung besonderer Verhaltnisse als eine zu weit gehende Belastung des Haftenden erscheinen. So kommt es, dass der Massstab des Sachwerthes durch den des Interesses zwar zurückgedrängt, aber nicht vollkommen verdrängt worden ist. Nicht nur haben sich im gemeinen Recht einzelne Fälle erhalten, in denen nur der Sachwerth vergütet wird[37]), sondern auch das moderne Recht hat die Berechnung des Schadens nach dem Sachwerth in gewissen Fällen neu eingeführt, so namentlich beim Frachtvertrag, H. G. B., Art. 396 (neues H. G. B. §. 430). Die Absicht des Gesetzgebers ging hiebei gewiss in erster Linie auf Beschränkung der Haftung des Frachtführers, dem man angesichts der Strenge seiner Haftung kein übermässiges Risico aufbürden wollte. Aber die Art, wie das Mass des Schadenersatzes geregelt ist, hat eine Rückwirkung auf die Activlegitimation zum Ersatzanspruch: das Interesse als Mass des Ersatzes weist mit innerer Nothwendigkeit auf die Person des Interessenten, des wirklich in seinem Vermögen Geschädigten; beim Sach-

[36]) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. II, S. 110 fg.

[37]) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. II, S. 89 fg.

Digitized by Google

werth fehlt dieser nothwendige Zusammenhang, denn der Sachwerth kann festgestellt werden, ohne dass man zu untersuchen braucht, zu wessen Vermögen die beschädigte Sache gehört, respective für wessen Vermögen die unterbliebene Leistung bestimmt war. Daher kann der nach dem Sachwerth bemessene Ersatzanspruch einer anderen Person zustehen als dem Interessenten. So erklärt sich die Zuweisung der *actio legis Aquiliae* an den Eigenthümer der Sache [37a]); so gehört beim Frachtvertrag der Ersatzanspruch dem Gläubiger (d. h. in der Regel dem Absender), ohne dass untersucht wird, ob das Interesse bei ihm oder, was gewöhnlich der Fall sein wird, bei einem dritten sich befindet. [38])

Der als Ersatz für die Sache zu leistende Sachwerth tritt im Verhältniss der beiden Contrahenten ganz an die Stelle der Sache, er ist ihr juristisches Surrogat: so gut der Absender dem Frachtführer gegenüber an der Ware berechtigt war, die Herausgabe derselben verlangen konnte, ohne die Zugehörigkeit der Ware zu seinem Vermögen behaupten zu müssen, ebenso kann er die den Werth der Waren repräsentirende Summe verlangen, ohne dass der Frachtführer prüfen dürfte, ob diese Summe zur Deckung eines Verlustes in des Absenders Vermögen dienen soll. Wäre dagegen das Interesse zu ersetzen, so würde sich unabweislich die Frage aufdrängen: wessen Interesse?

Und diese Frage ist in der That aufzuwerfen, wenn der Frachtführer nach Art. 396, Abs. 5 wegen böslicher Handlungsweise den „vollen Schaden" zu ersetzen hat. In der Regel ist ja nicht der Absender an der Unversehrtheit der Ware interessirt, sondern der Adressat, respective wenn der Adressat Commissionär eines anderen ist, dieser andere. Und wenn man auch dem Absender, sofern er noch Eigenthümer der Ware ist, das transitorische Eigenthumsinteresse zusprechen kann,

[37a]) Ueber die *a. legis Aquiliae* des Eigenthümers, der kein eigenes Interesse an der Sache hat, vgl. meine Festschrift „Zur Schätzung des Schadens in der *lex Aquilia*" (Basel 1892), S. 16 fg.

[38]) R. O. H. G., Bd. II, Nr. 81; Staub, Commentar zum H. G. B. Art. 396, Einleitung. In derselben Weise ist mit der nach dem Sachwerth bemessenen Haftung des Verfrachters (H. G. B. Art. 612) die Activlegitimation des Befrachters ohne Rücksicht auf die Interessefrage gegeben, vgl. Reichsgericht, Bd. XXXIX, Nr. 37.

Digitized by Google

so wird doch der über den Werth der Ware hinaus entstandene Schaden sich jedenfalls im Vermögen des Adressaten vorfinden. Soll nun der Absender Ersatz für diesen ihm fremden Schaden einklagen dürfen, an dem er selbst auch nicht indirect interessirt ist, wenn die Ware auf Gefahr des Adressaten reist? Diese Frage konnte im bisherigen Recht meist unbeantwortet bleiben, weil man vermöge einer dem Wortlaut widersprechenden Interpretation des H. G. B. Art. 405 dem Adressaten ein selbständiges Klagerecht gegen den Frachtführer auch dann gewährte, wenn die Ware den Ablieferungsort überhaupt nicht erreicht hatte.[39]) Nach dem Wortlaut und der Absicht des neuen H. G. B. §. 435 ist, falls die Ware unterwegs verloren geht, ein Klagerecht des Adressaten ausgeschlossen[40]); nur der Absender kann Ersatz des „vollen Schadens" verlangen. *Quid?*, wenn dieser Schaden ein fremder ist?

Ebenso unabhängig vom Interesse des Klägers wie der Schadenersatz nach dem Massstab des Sachwerthes ist die Fixirung des Schadens durch eine Conventionalstrafe. Hat sich der Gläubiger für den Fall der Nichtleistung eine feste Geldsumme ausbedungen, so kann nur streitig sein, ob die Bedingung des Geldversprechens eingetreten ist, der Umfang der Leistung ist dagegen durch das Versprechen dem Streite entzogen: *poenam cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*[41]) Der Gläubiger kann die ihm versprochene Geldsumme fordern, wie er die in erster Linie geschuldete Leistung verlangen konnte, ohne dass sich ein Anlass bietet zu untersuchen, ob er an der Leistung ein eigenes Interesse hatte.[42]) Durch die Fixirung des Schadenersatzes haben die Parteien die Feststellung nicht nur des Umfanges, sondern auch der Existenz eines

[39]) Staub, Commentar zu Art. 405, §. 1.

[40]) Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B., S. 525.

[41]) *Fr. 38, §. 17 de v. o. 45*, Mommsen, Interesse, S. 21.

[42]) Auch eine Herabsetzung der Conventionalstrafe nach b. G. B. §. 343 kann m. E. nicht deswegen verlangt werden, weil das Interesse an der Leistung nicht dem Gläubiger, sondern einem dritten zusteht Denn „bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen". Ein Affectionsinteresse wird aber der Gläubiger stets daran haben, die Mittel zur vollen Entschädigung des dritten zu erhalten.

Digitized by Google

Schadens ausgeschlossen. Wenn die ursprüngliche Leistung dazu bestimmt war, nicht das Vermögen des Gläubigers, sondern das eines dritten zu vergrössern, so erwächst ihm durch den Verfall der Conventionalstrafe eine Bereicherung, aber die Ausgleichung hat zwischen ihm und dem dritten zu erfolgen, der Schuldner hat das zu leisten, was er an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes versprochen hat, und an den zu leisten, dem er es versprochen hat. Sobald aber der Gläubiger einen den Betrag der Conventionalstrafe übersteigenden Schaden behauptet und Ersatz dafür verlangt [43]), wird für diesen Ueberschuss die Frage relevant, wen der Schaden betroffen hat, und ob dem Gläubiger ein Ersatzanspruch zusteht, wenn der Schaden einen dritten betroffen hat. [44])

Ein drittes und letztes Beispiel von Ansprüchen, die dem Zwecke des Schadenersatzes dienen, ohne dass ihr Umfang sich nach dem Betrage des wirklich eingetretenen Schadens richtet, sind die ädilicischen Klagen: der Käufer verlangt den ganzen Kaufpreis, respective eine Quote desselben zurück; ob er durch den Mangel der Sache, respective des Fehlen der zugesagten Eigenschaft einen Schaden erlitten hat, der dem eingeklagten Betrage gleichkommt, ist gleichgiltig. Der Anspruch würde ihm selbst dann zustehen, wenn infolge der besonderen Umstände ein pecuniärer Nachtheil überhaupt nicht entstanden wäre. [45]) Daraus ergibt sich wie bei den Klagen auf Sachwerth und Conventionalstrafe die Consequenz: der Anspruch steht dem Contrahenten zu, wenn auch der Schaden, zu dessen Ausgleichung er be-

[43]) Dernburg, Pand., Bd. II, §. 46, Note 15; b. G. B., §. 340.

[44]) Als Conventionalstrafe stellte sich auch die *stipulatio duplae* dar, insofern der Betrag der zu zahlenden Entschädigung von der Höhe des factischen Schadens unabhängig ist (vgl. Versio, S. 87, Note 19). Der Käufer erhielt sogar meist mehr als den Betrag seines Schadens. Wenn der directe Evictionsschaden einen Rechtsnachfolger des Käufers betroffen hatte, so war bei den Römern nur die Frage streitig, ob man die Bedingung der *stipulatio* als eingetreten betrachten könne; nahm man das an, so war kein Zweifel mehr darüber, wem die Klage zustehen und wie hoch ihr Betrag sich belaufen solle. Wenn der Käufer die Sache *in dotem* gegeben hatte, so wurde *non immerito dubitabatur, an duplae stipulatio committatur*, schliesslich wurde sie dem Vater gegeben, ohne dass die Höhe seines Schadens weiter zur Sprache kam, *fr. 71 de evict. 21, 2.*

[45]) Zusage einer Eigenschaft, welche die Brauchbarkeit und den Geldwerth der Sache nicht afficirt.

Digitized by Google

stimmt ist, einen dritten getroffen hat. Wenn der Käufer C die Sache an T veräussert hat und der Mangel bei T hervortritt, so hat C die ädilicischen Rechtsmittel, und zwar kann er sie gebrauchen, ohne den Beweis dafür anzutreten, dass er an dem Schaden des T ein Haftungsinteresse hat. C kann die Wandelungs- oder Preisminderungsklage anstellen, auch wenn er die Sache verschenkt oder mit Ablehnung jeder Haftung verkauft hat, nur muss er bei der *actio redhibitoria* in der Lage sein, die Sache herauszugeben.[46]) Würde dagegen C wegen des Mangels der Sache Schadenersatz begehren, so wäre wiederum die Frage aufzuwerfen, ob der Schaden ein eigener Schaden des C sein muss.

V.

Wird der Schadenersatzanspruch des Gläubigers nach dem Massstab des Interesses bestimmt, so scheint es in der logischen Consequenz unseres Interessenbegriffes zu liegen, dass der Gläubiger Ersatz nur für sein eigenes Interesse erhält. Denn das Interesse bemisst sich nach dem Vermögensstande einer bestimmten Person, und wer sonst als der Gläubiger kann diese Person sein? Das Festhalten an diesem Resultat würde aber in zahlreichen Fällen höchst unerwünschte Folgen herbeiführen: wenn das Interesse an der Leistung von vornherein nicht beim Gläubiger ist oder später auf einen dritten übergeht, so würde der Vertrag zwar giltig sein, respective bleiben und die Leistung auf dem Wege der Naturalexecution erzwingbar sein, aber der Geldersatz, der sonst hinter der Naturalexecution steht und diese ergänzt, würde versagen, und damit wäre dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, die Durchführung der Forderung ungestraft zu vereiteln. Dass man bei diesem Resultat nicht stehen bleiben dürfe, ist bisher nur für eine Kategorie der hier in Betracht kommenden Fälle deutlich erkannt worden. Aus dem Bestreben, hier Abhilfe zu schaffen, ist der oben S. 534 citirte Satze erwachsen:

„Hat sich der Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interesseforderung der von diesem anderen erlittene Nachtheil."

Dieser Satz ist im Handelsverkehr unentbehrlich[47]), aber ebenso unentbehrlich auch im Civilverkehr, wenn C nach Art eines

[46]) Dernburg, Pand., Bd. II, §. 101, Note 11 und 19.

[47]) R. O. H. G., Bd. XVII, S. 78.

Digitized by Google

Commissionärs für T contrahirt. Er ist durch eine grosse Anzahl von Präjudicien namentlich des R. O. H. G. gefestigt [48]) und in der Literatur zwar nicht oft ausgesprochen [49]), dafür aber auch nicht bekämpft worden. Wir wollen zunächst untersuchen, welches die Begründung dieses Satzes in den Quellen und in der modernen Theorie ist, sodann ob er in der Begrenzung seines Umfanges dem Bedürfniss des Rechtslebens genügt. In der spärlichen Literatur unserer Frage und den etwas reichhaltigeren Urtheilsgründen tritt uns überall die Ueberzeugung entgegen, dass dieser Satz, trotzdem er dem Begriff der Interessehaftung widerstreitet, gelten muss, weil man seiner nicht entrathen kann. In der That würde sich ohne diesen Satz eine empfindliche Lücke im Rechtssystem ergeben: dem Commissionär würde sein Mitcontrahent D nicht haften, soweit dieser an der Erfüllung des Vertrages nicht interessirt ist, dem Committenten würde D den Schaden nicht zu ersetzen brauchen, weil er zu ihm in keinem Vertragsverhältnisse steht.

Die Erklärungen, welche versucht worden sind, bewegen sich in zwei Richtungen, die einander ausschliessen und m. E. beide nicht zum Ziele führen.

Zimmermann [50]), welcher unsere Frage zuerst gründlich erörtert hat, führt aus: Der Commissionär kann Schadenersatz verlangen, weil er, genau genommen, an der Erfüllung des Kaufgeschäftes selbst interessirt ist, und zwar indirect interessirt; denn er haftet dem Committenten principiell für die Ausführung des Geschäftes, freilich mit der Milderung, dass er sich, wenn er an der Nichterfüllung keine Schuld trägt, durch Cession seiner Ansprüche gegen den Mitcontrahenten von jeder weiteren Haftung befreien kann. Diese Auffassung entspricht m. E. nicht der Structur des Commissionsverhältnisses. Es ist nicht richtig, dass der Commissionär principiell für die Handlungsweise seines Mitcontrahenten einzustehen hat und nur gewissermassen *per exceptionem* durch Angebot der Klagencession

---

[48]) Vgl. die Citate bei Windscheid, Pand., §. 258, Note 19, neuerdings auch Reichsgericht, Bd. XXVII, Nr. 28.

[49]) Grünhut, Commission, S. 176 und 334; Burchard, Spedition, S. 186; neuerdings Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 300 fg.

[50]) Neues Archiv für Handelsrecht, Bd. I, S. 48, ebenso Staub zu Art. 360, §. 10.

Digitized by Google

frei wird. Der Commissionär hat vielmehr durch ordnungsgemässen Abschluss des Geschäftes seine Pflicht erfüllt, das Geschäft steht auf Gefahr des Committenten.

Zimmermann beruft sich auf zwei Pandektenstellen:

fr. 27 de neg. g. 3, 5: si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest. Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est.

fr. 8, §. 3 mund. 17, 1: si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem quia agere potest).

Aber diese beiden Stellen können für den Ersatzanspruch des Commissionärs nicht in Betracht kommen, weil sie, was gewöhnlich nicht beachtet wird, von einem wesentlich verschiedenen Thatbestand handeln: Titius ist Mandatar (resp. *negotiorum gestae)* des Seius und übergibt die Ausführung des übernommenen Geschäftes einem Substituten. Hier liegt allerdings primäre Haftung des Titius gegenüber dem Geschäftsherrn vor, von der er sich eventuell durch Klagencession befreien kann. Er haftet in erster Linie für die Nichtausführung des Geschäftes und kann sich von seiner persönlichen Haftung nur befreien, wenn er nachweist, dass er an der Nichtausführung nicht schuld ist, d. h. dass er zur Substitution befugt war und dieselbe ohne *culpa in eligendo vel instruendo* ausgeführt hat.[51]) Er hat ein relatives Haftungsinteresse an der Vertragserfüllung des Substituten (vgl. ob. S. 538) und daher auch einen Schadenersatzanspruch.[52]) Dieses Haftungsinteresse fehlt dem Commissionär.[53])

---

[51]) Vgl. *fr. 20, §. 3 de n. g. 3, 5: Mandatu tuo Lucius Titius negotia mea gessit. quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia eius fecit, tu mihi praestes. Fr. 8, § 4 mand. 17, 1: . . . non sunt excusati (tutores), quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt.*

[52]) Die beiden anderen Stellen, auf die sich Zimmermann beruft, *fr. 14 si quis caut. 2, 11* und *fr. 81, §. 1 de v. o. 42, 1,* sind für unsere Frage unerheblich. Sie handeln von einem *procurator*, der es unterlassen hat, eine Processcaution auf das Interesse des *dominus* abzustellen. Die ungeschickte *conceptio verborum* wird durch sachgemässe Interpretation unschädlich gemacht, wobei nur die *voluntas* der Parteien gegenüber dem Wortlaut zur Geltung kommt.

[53]) Gegen Zimmermann erklärt sich Brinz, Pandekten, §. 270, Note 38.

Digitized by Google

Die andere Erklärung[54]) besagt: „Der Commissionär ist zur Vertretung des Committenten und zur Ausübung der diesem aus dem abgeschlossenen Geschäft mittelbar erwachsenen Rechte durch den Commissionsvertrag legitimirt." Auch diese Ansicht setzt sich in unlösbaren Widerspruch zu der richtigen Auffassung der Commission. Wenn der Commissionär gegen seinen Mitcontrahenten klagt, so thut er das aus eigenem Rechte und nicht so, dass er irgendwelche Rechte des Committenten geltend macht. Dazu bedürfte er, wie jeder andere Vertreter, einer Vollmacht. Und hat denn der Committent Rechte gegen den Mitcontrahenten? Allerdings gelten nach H. G. B. Art. 368 die Rechte des Commissionärs als solche des Committenten, aber nur im innern Verhältniss, nach aussen, d. h. gegenüber dem Mitcontrahenten ist die *a. emti* des Commissionärs eine eigene Klage, sogut wie die *a. emti* des civilrechtlichen Mandatars, für den ja Art. 368 nicht gilt. Man kann m. E. durch solche Argumentationen aus Art. 368 die Thatsache nicht aus der Welt schaffen, dass im Commissionsverhältniss Klagerecht und Interesse, die gewöhnlich in der Person des Gläubigers vereinigt sind, sich auf zwei Personen vertheilen, dass das Interesse an der Erfüllung des Vertrages für den Commissionär ein fremdes sein kann.

Jedoch reicht der Mangel des eigenen Interesses beim Commissionär nicht so weit, wie man vielfach anzunehmen scheint. Wenn die Leistung in das Vermögen des Commissionärs gelangen soll und aus diesem erst in das des Committenten, so hat der Commissionär ein eigenes, wenn auch transitorisches Interesse an dieser Vermehrung seiner Activa. Dass er die erhaltenen Werthe an den Committenten weiterzugeben verpflichtet ist, kann seinem auf das eigene Interesse an dem Erlangen dieser Werthe begründeten Anspruch nicht entgegengehalten werden (vgl. o. S. 536). In diesem Sinne ist die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. XXVII, Nr. 28 richtig: Kläger hatte auf Grund einer Empfehlung des Beklagten, welchem ein Verschulden vorgeworfen wird, Werthpapiere gekauft, die bald darauf im Curs erheblich gesunken sind. Gegen den Schadenersatzanspruch des Klägers wendet Beklagter ein, Kläger habe die Papiere zum Theil auf

[54]) R. O. H. G., Bd. XI, Nr. 86, ebenso, zur Auswahl, Staub, a. a. O., auch Grünhut, a. a. O. S. 334. Verb. „daher".

Digitized by Google

fremde Rechnung gekauft, daher treffe der Schaden nicht ihn. Dieser Einwand wurde mit Recht zurückgewiesen, denn dem Kläger fehle das eigene Interesse nicht. Er ist durch den Ankauf der Werthpapiere geschädigt worden, indem er für sie 100 zahlte, während ihr Werth, wie sich bald herausstellte, viel geringer war. Ob Kläger zu dritten Personen in einem solchen Verhältniss stand, dass er diesen Schaden auf sie abwälzen konnte, ist für den Beklagten unerheblich. Noch deutlicher tritt uns das eigene transitorische Interesse des als Commissionär handelnden Contrahenten entgegen in der Entscheidung in Seuffert's Archiv, Bd. XLVI, Nr. 10. Man kann sich den Thatbestand folgendermassen vorstellen: C will eine Jagd pachten und schliesst mit D ein *pactum de non licitando.* D verstösst gegen seine Verpflichtung und infolgedessen muss C für die Jagd eine höhere Summe, 1000 statt 800, zahlen. Nun hatte C mit T ausgemacht, die Jagd auf gemeinsame Rechnung zu pachten, und D will mit Berufung auf diese Verabredung dem C statt der ganzen Differenz von 200 nur die halbe von 100 vergüten. Das O. L. G. Hamburg hat dem Kläger die vollen 200 zugesprochen mit der Begründung, der Beauftragte dürfe das Interesse seines Auftraggebers geltend machen. Mir scheint es richtiger, zu sagen: Die 200, welche C mehr hat zahlen müssen, sind sein eigener directer Schaden, welcher durch die Möglichkeit des Rückgriffes auf T nicht gemindert wird. Man braucht sich nur vorzustellen, dass T insolvent geworden ist, dann zeigt sich, dass C an der Ueberzahlung der Pacht selbst interessirt war.

Nun kann aber, wie wir oben S. 537 constatirt haben, das transitorische Interesse des Commissionärs hinter dem definitiven Interesse des Committenten zurückbleiben, weil z. B. das Ausbleiben der gekauften Ware beim T einen Schaden stiftet, der den Werth der Ware übersteigt; es kann auch an einem transitorischen Interesse des Commissionärs ganz fehlen, wenn die Leistung sein Vermögen gar nicht berührt, sondern direct dem T zugute kommen soll, z. B. C bestellt im Auftrage des T, aber im eigenen Namen bei D eine Arbeit an einer Sache des T. Hier stehen wir vor einem dem Gläubiger fremden Schaden, der sich auf keine Weise in einen eigenen Schaden verwandeln lässt.

Digitized by Google

VI.

Die bisherigen Versuche, diesen Schaden des dritten zu einem eigenen Schaden des Gläubigers umzustempeln, um dem Gläubiger einen Ersatzanspruch zu verschaffen, sind m. E. als unzulänglich zu betrachten. Und selbst wenn man sich entschliessen wollte unter Verzicht auf volle logische Klarheit den Satz, wie er von Zimmermann aufgestellt und zuletzt von Windscheid formulirt worden ist, als richtig zu acceptiren, so würde er ja nur für die Fälle Aushilfe schaffen, in welchen „der Gläubiger sich im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht hat". Unser Problem ist aber nicht auf diese Fälle beschränkt: auch wenn der Gläubiger nicht im Interesse des dritten (d. h. als *negotiorum gestor* oder Mandatar des dritten) contrahirt hat, kann es vorkommen, dass der Schaden, der aus der Nichterfüllung dieses Vertrages entsteht, nicht ihn, sondern einen dritten trifft, an den der Gläubiger bei Abschluss des Vertrages vielleicht gar nicht gedacht hat. Soll der Gläubiger in diesen Fällen keinen Schadenersatzanspruch haben, soll der Schuldner ersatzfrei ausgehen?

Aus den zahlreichen Fällen dieser Art greife ich einen heraus, dessen einfache Structur genügend ist, die Aufgabe um die es sich hier handelt, klar hervortreten zu lassen: C ist gutgläubiger Besitzer einer Sache des T. Er deponirt (oder vermiethet, leiht u. s. w.) die Sache bei D. Die Sache ist durch einen von D zu vertretenden Umstand untergegangen. Kann C Schadenersatz verlangen? Ein eigenes Interesse hat er nicht, da die Sache nicht seinem Vermögen angehörte und er in keiner Weise dem Eigenthümer gegenüber haftbar ist (von einem etwaigen Retentionsinteresse wollen wir einfachheitshalber absehen). Der Schaden, den die Vernichtung der Sache angerichtet hat, trifft direct und ausschliesslich den dritten.

Das Depositum ist ohne Rücksicht auf das Eigenthum der Sache giltig; der Depositar ist zur Rückgabe verpflichtet und kann dazu angehalten werden, ohne dass er die Eigenthumsfrage aufwerfen darf. Ist die Sache durch seine Schuld untergegangen, so verwandelt sich seine Restitutionspflicht in eine Ersatzpflicht. Nach allgemeinen Grundsätzen hat er das Interesse zu ersetzen. Aber der Gläubiger hat kein Interesse, und der interessirte dritte hat die *actio depositi* nicht. Demgemäss

Digitized by Google

müsste man dazu kommen, die Klage des Deponenten abzuweisen. Damit hätte man aber den für die Sicherheit des Verkehrs überaus wichtigen Rechtssatz untergraben, dass die Giltigkeit des Depositums von der Eigenthumsfrage unabhängig ist: der Depositar könnte sich durch sein eigenes Verschulden (Vernichten oder Verstecken der Sache) von einer Obligation befreien, er könnte unter Umständen bei Zerstörung der Sache ganz frei ausgehen, obwohl er durch Verletzung einer Vertragspflicht einen Schaden gestiftet hat. Denn die *a. legis Aquiliae* (b. G. B. §. 823) des T, welcher er allerdings ausgesetzt ist, reicht nicht immer aus, um den Depositar da haftbar zu machen, wo er *ex deposito* haftbar wäre: z. B. sein Verschulden besteht in einem Verstoss gegen bestimmte, vertraglich übernommene Verpflichtungen, ohne eine aquilische *culpa* zu sein.[55]) Will man aber dem Deponenten den Schadenersatzanspruch gewähren, auch wenn er kein Interesse hat, so steht man vor der schwierigen Frage, nach welchem Massstab dieser Schadenersatzanspruch zu bestimmen ist. Nach dem Sachwerth? Oder nach dem vielleicht erheblich grösseren Interesse des Eigenthümers an seiner Sache? Und ob man nun dem Deponenten den Sachwerth oder das Interesse des Eigenthümers zuspricht, wie kann man es rechtfertigen, dass ihm durch die Vernichtung einer Sache, die ihm nicht gehörte, ein Anspruch auf eine Geldsumme erwachsen soll, durch welche sein Vermögen vergrössert wird?

Da dieser Fall in den Quellen nicht direct entschieden wird, so wird er auch von unserer Doctrin meist übersehen, obwohl er seiner Einfachheit nach fast zur Jurisprudenz des täglichen Lebens gezählt werden könnte. Nur selten finden sich gelegentliche Bemerkungen, oft ohne jede Begründung. So sagt Dernburg[56]): „Ob der Verleihende Eigenthümer der

[55]) Eine weitere Verschiedenheit zwischen contractlicher und delictischer Haftung, die das gemeine Recht nicht kennt, ergibt sich aus der Normirung der Verjährungsfristen im b. G. B.: die Contractsklage verjährt in dreissig Jahren (§. 195), die Delictsklage schon in 3 Jahren (§. 852), allerdings erst von der Kenntniss des Berechtigten an. Noch wichtiger für unseren Fall ist die Verschiedenheit der Haftung für fremdes Verschulden, vgl. einerseits §. 278 und andererseits §§. 831 und 832. So kann es leicht vorkommen, dass der Depositar dem Deponenten haftet, nicht aber dem Eigenthümer der deponirten Sache.

[56]) Preussisches Privatrecht, Bd. II, §. 175, Note 7. Citirt wird ein Präjudiz des Obertribunals, welches die entgegengesetzte Meinung vertritt.

Digitized by Google

verliehenen Sache ist, ist irrelevant auch für den Schadenersatzanspruch." Daraus ist wohl zu entnehmen, dass der Commodant den Sachwerth soll verlangen dürfen. In demselben Sinne Brinz.[57]) Selbst in der ausführlichen und gründlichen Bearbeitung des speciellen Obligationenrechtes von Schey[58]) finden sich zu unserer Frage bei Commodat und Depositum zwei kurze Notizen, die schwer mit einander in Einklang gebracht werden können: Der Commodant soll stets den Sachwerth erhalten, der Deponent, wenn er nicht Eigenthümer ist, nicht schlechthin den Sachwerth fordern dürfen, vielmehr soll es darauf ankommen, welcher Art sein Interesse an der Sache ist. Charakteristisch für die Art, wie unser Problem umgangen wird, wenn es sich auch noch so energisch der Aufmerksamkeit des Autors aufdrängt, ist folgender Passus bei Laurent[59]): *le dépôt d'une chose d'autrui est valable; le dépositaire sera tenu des obligations que le contrat lui impose, il devra notamment restituer la chose déposée, sous pouvoir exiger la preuve de la propriété.* Das Selbstverständliche wird hervorgehoben, das Zweifelhafte verschwiegen.

Wenn die Quellen keine Anhaltspunkte zur Lösung dieses Zweifels bieten, so ist dies wohl daraus zu erklären, dass die Römer in der Structur ihres Processes ein Mittel hatten, um den für uns mit Schwierigkeit verbundenen Thatbestand in befriedigender Weise zu ordnen. Ich vermuthe, ohne einen speciellen Beweis aus den Quellen geben zu können, dass die Schadenersatzfrage beim Depositum und den analogen Rechtsverhältnissen in folgender Weise behandelt wurde: Der Deponent konnte, auch wenn die Restitution ausgeschlossen war, nicht zum Eigenthumsbeweis genöthigt werden. In diesem Punkte scheint mir das Schweigen der Quellen concludent zu sein: die römischen Juristen hätten nicht so oft betont, dass der Realcontract kein Eigenthum des Gläubigers voraussetzt[60]), wenn die Klage bei Fehlen des Eigenthums gerade dann versagen würde, wenn sie am nöthigsten ist, bei Zerstörung der Sache.

---

[57]) Pand., §. 270, Note 39. Mommsen, Beiträge, II, S. 248 fg., Pfersche Bereicherungsklagen, S. 68 fg.

[58]) Obligationsverhältnisse, Bd. I, S. 230 und 321.

[59]) *Cours de droit civil*, Bd. XXVII, Nr. 82.

[60]) Vgl. oben Note 8.

Digitized by Google

Wenn nun aber die Eigenthumsfrage nicht aufgeworfen werden durfte, so konnte dem Deponenten bei unterbliebener Restitution nicht weniger zugesprochen werden, als er als Eigenthümer erhalten hätte, d. h. den Sachwerth.[61]) Aber der Depositar war, falls der Deponent thatsächlich nicht Eigenthümer war, der aquilischen Klage des Eigenthümers ausgesetzt. Gegen diese Gefahr konnte der Schuldner, wenn sie der Gläubiger nicht durch Beweis seines Eigenthums aus dem Wege räumte, Schutz verlangen, der ihm in der den Römern so geläufigen Form der *cautio defensum iri* gewährt wurde. Der Gläubiger erhielt also allerdings den Sachwerth der ihm nicht gehörenden Sache ersetzt, aber — was die modernen Schriftsteller, die ihm den Sachwerth zusprechen, übersehen — nicht definitiv, sondern gewissermassen provisorisch, so dass er ihn zur Verfügung des wahren Eigenthümers halten musste. Denn wenn sich der Eigenthümer meldete, konnte der Gläubiger durch die *cautio defensum iri* angehalten werden, ihn zu befriedigen.

Immerhin konnte der Gläubiger auf diesem Wege nur den Sachwerth erhalten, nicht aber den Ersatz für das vielleicht weit höhere Interesse des Eigenthümers an der vernichteten Sache. Der Schuldner hätte einen Theil des von ihm schuldhafterweise angerichteten Schadens nicht zu ersetzen brauchen, wenn es nicht noch einen anderen Weg gegeben hätte, auf welchem er zum Ersatz des vollen Schadens angehalten werden konnte. Dieser Weg ist die Cession der *actio* des Gläubigers an den Interessenten.

VII.

Dass der Gläubiger seine *actio* an den dritten abtritt, als dessen indirecter Vertreter er contrahirt hat, oder der in anderer Weise an der Erfüllung des Vertrages interessirt ist, wird in den Quellen oft bezeugt, so auch beim Depositum einer fremden Sache; vgl. z. B.:

Fr. 1, §. 11, dep. 16, 3: si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum

[61]) Das *„quonti ea res erit"* in der *formula in factum concepta* konnte bei der schwankenden Bedeutung dieses Ausdrucks (Windscheid, Pand., §. 257, Note 257, Note 7) als Sachwerth verstanden werden, um der *actio* ihre Wirksamkeit zu retten.

Digitized by Google

eo, qui eas res receperit, depositi. si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

Fr. 16 eod.: si is, apud quem rem deposueris, apud alium eum deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.

Wenn nun der Eigenthümer den Depositar mit der cedirten *a. depositi* belangt, nach wessen Interesse soll sich der Inhalt der *actio* bemessen, nach dem des Cedenten oder nach dem eigenen des Cessionars? Diese, so viel ich weiss, nirgends besprochene [62]) und doch nicht zweifelsfreie Frage glaube ich im Sinne der heutigen Cessionslehre folgendermassen beantworten zu müssen: wenn der Anspruch im Momente seiner Uebertragung noch auf Restitution der Sache gerichtet ist und sich erst nach der Cession in einen Schadenersatzanspruch verwandelt, so kann der Cessionar sein eigenes Interesse an der ausgebliebenen Restitution liquidiren; denn er, der Cessionar, war im Momente, in welchem der *debitor cessus* gegen seine Vertragspflichten verstiess, dessen Gläubiger, ihn hat daher der Schuldner geschädigt und ihn hat er zu entschädigen. Wenn dagegen die Forderung sich schon durch verschuldete Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung in einen Schadenersatzanspruch verwandelt hatte, als die Cession erfolgte, so kann der Cessionar nur den Betrag verlangen, der dem Interesse des Cedenten entspricht [63]); denn der Cessionar erwirbt die Forderung, so wie sie beim Cedenten beschaffen war, er kann als Successor des Cedenten nichts anderes und nicht mehr fordern als dieser. Wer daher annimmt, dass der Deponent einer fremden Sache in Ermangelung eines eigenen Interesses keinerlei Schadenersatz zu verlangen hat, für den muss auch die an den Eigenthümer cedirte *a. depositi* inhaltlos sein, wenn die Sache im Momente der Cession schon untergegangen war. Wer dem

---

[62]) Man begnügt sich gewöhnlich damit zu constatiren, dass die Forderung auf den Cessionar übergeht, wie sie beim Cedenten war. Windscheid, Pand., §. 332, a. A.

[63]) Auf diesen Fall ist wohl die Bemerkung von Dernburg (Pand., Bd II, §. 50, Note 1) zu beziehen, dass „Interesseforderungen gewöhnlich in der Cession begriffen sind".

Digitized by Google

Deponenten in diesem Falle einen Anspruch auf den Sachwerth gewährt, der kann auch dem Eigenthümer als Cessionar den Sachwerth zusprechen, aber nicht mehr als diesen: das überschiessende eigene Interesse des Cessionars bliebe auch bei Anstellung der cedirten Klage ungedeckt.[64]) Dies Resultat ergibt sich mit zwingender Nothwendigkeit aus unserer Auffassung der Cession als einer Rechtsübertragung, für welche ebenso wie für die Uebertragung dinglicher Rechte der Satz gilt: *nemo plus iuris transfert quam habet ipse.*[65])

Anders dachten die römischen Juristen. Für sie war die Cession, das *mandatum agendi,* in erster Linie eine Uebertragung nicht des Anspruches, sondern der *actio.* Anspruch und *actio* waren aber, wie seit dem grundlegenden Werke von Bekker[66]) allgemein zugegeben, aber in dogmatischen Fragen nicht immer genügend beachtet wird, zwei gesonderte Elemente, aus deren Zusammenfassung sich erst die *obligatio* ergab, welche wir als Einheit zu denken gewöhnt sind: *actio* — der Thatbestand, aus welchem mir die Befugniss erwächst, den X vor Gericht zu ziehen; Anspruch *(id quod venit in actionem)* — das Recht, in diesem Verfahren eine Verurtheilung des X zu einer bestimmten Leistung zu verlangen. Da Anspruch und *actio* verschiedene Voraussetzungen und Endigungsgründe haben konnten, so ergeben sich eine Reihe von Combinationen, die dem römischen Recht ebenso geläufig wie in unserem Recht fremdartig sind: eine *actio* für eine Mehrheit von Ansprüchen; mehrere Actionen für einen Anspruch; *actio* ohne jeden Anspruch *(actio inanis)* und endlich: ein Anspruch, dem keine *actio* zugebote stand, d. h. ein Thatbestand, in welchem das Rechtsgefühl eine

---

[64]) Zu demselben Ergebniss kommt man auch für den in Note 27 angeführten Fall des Weiterverkaufs einer speciellen Sache. Da der Weiterverkäufer C seinem Käufer T für das Verschulden seines Lieferanten D nicht haftet, so kann er von D nur soviel als Schadenersatz fordern, als sein eigenes transitorisches Interesse an der Erlangung des Eigenthums beträgt, d. h. den Sachwerth. Diesen Anspruch in dem Betrag, in welchem er ihn selbst anstellen könnte, kann und muss er seinem Käufer T cediren. Wenn nun aber T, wie das oft vorkommen mag, ein höheres Interesse an der Sache hatte, so bleibt dieser Schaden nach der bisherigen Lehre vom Schadenersatz trotz des Satzes von Windscheid, §. 258, Note 19, ungedeckt.

[65]) Bekker, Actionen, Bd. II, S. 257.

[66]) A. a. O., Bd. II, *passim,* besonders S. 8 fg., S. 252 fg.

Digitized by Google

Pflicht des X, z. B. eine Ersatzpflicht postulirte, für welchen aber in dem sparsamen System der Actionen keine Fürsorge getroffen war. Da galt es, diesem Anspruch zu seinem Actionenschutze zu verhelfen. Bisweilen stellte der Prätor neue Actionen auf, häufiger wurde so geholfen, dass man den Anspruch in eine schon bestehende *actio* hineinzwängte, wobei es bisweilen nicht ohne einen gewissen Grad von Gewaltsamkeit zuging.

Unser Fall liegt nun eigenthümlich und zugleich sehr instructiv für das Verständniss der römischen Actionen im Gegensatz zu unseren Forderungsrechten: der Contrahent hat die *actio ex contractu*, in seiner Person ist der Thatbestand eingetreten, aus welchem er die Befugniss hat, den Schuldner zur Rechenschaft zu ziehen. Aber der Schaden, den der Schuldner durch sein vertragswidriges Verhalten gestiftet hat, findet sich nicht beim Gläubiger, sondern bei einem dritten. Demgemäss hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Schadenersatz: es kann ihm entweder nichts zugesprochen werden *(actio inanis)*, oder, wenn der Mangel des eigenen Interesses nicht zur Sprache kommen darf (wie ich das für die Restitutionsklagen annehme), so wird dem Gläubiger der Schadenersatz unter solchen Cautelen zugebilligt, dass die Summe für den wahren Interessenten gesichert ist. Diesem Interessenten aber, in dessen Vermögen der zu ersetzende Schaden entstanden ist, fehlt die *actio*, weil er zum Schuldner in keinem Vertragsverhältniss steht. So sind hier Anspruch und *actio*, die beim normalen Thatbestand (Depositum einer eigenen Sache) in einer Person vereinigt sind, auf zwei Personen vertheilt: der Gläubiger hat das Rechtsmittel, durch welches der Schuldner zum Schadenersatz angehalten werden kann, der zu ersetzende Schaden ist beim dritten zu finden.

Wenn nun der Gläubiger seine Klage an den dritten cedirte, so waren nunmehr die bisher getrennten Elemente, *actio* und Anspruch, in einer Person vereinigt: jetzt hatte der dritte die Möglichkeit, den Schuldner haftbar zu machen, und zwar für den Schaden, den er wirklich angestiftet hatte, für den Schaden des Cessionars. [67]) So sehr dies Resultat, dass der Ces-

[67]) Vergegenwärtigt man sich die Stellen, welche *actio* und Anspruch beim *mandatum agendi* spielen konnten, so ergeben sich folgende Combinationen: 1. bei der Processvollmacht wird die *actio* übertragen, der Anspruch bleibt beim

Digitized by Google

sionar mit der fremden Klage einen eigenen Anspruch verfolgen kann, unseren Begriffen von der Cession widerspricht, so wenig scheint es für die römischen Juristen, wenigstens der spätclassischen Zeit, anstössig gewesen zu sein. Haben wir doch eine bekannte Stelle, in welcher Ulpian die Cession einer für den Gläubiger wegen mangelnden Interesses inhaltlosen *actio* an den interessirten dritten nicht nur für zulässig erklärt, sondern die Verpflichtung zur Cession ausdrücklich damit begründe, dass ja der Gläubiger nichts (d. h. nur eine *actio inanis*) aufgebe, während der Cessionar etwas für ihn Werthvolles (d. h. die Möglichkeit, einen Schadenanspruch zur Geltung zu bringen) erlange. Ich meine *fr. 38 de evict. 21, 2:*

in creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrarim pigneraticiam actionem. et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.

Habet pigneraticiam actionem sagt Ulpian, und versteht dabei unter *actio* die im römischen Process als selbständiges und eigenthümliches Recht sich darstellende Befugniss, den Verpfänder zu einer Verhandlung *in iudicio* zu zwingen, ohne Rücksicht darauf, ob diese Verhandlung zu einer *condemnatio* führen oder in Ermangelung von Ansprüchen des Gläubigers, wie in diesem Fall, resultatlos verlaufen werde. Denn dass der Pfandgläubiger nichts vom Verpfänder zu fordern habe, konnte Ulpian nicht übersehen. Geht doch die *a. pigneraticia contraria* auf das Interesse *(in quam actionem veniet quod interest creditoris, fr. 54 de fidei. 46, 1)*, und ein Interesse hat der Gläubiger weder in directer Weise, da die Eviction nicht ihn betrifft, noch mittelbar: da er als verkaufender Pfandgläubiger für die Eviction nicht haftet. Trotzdem behandelt Ulpian die Cession einer solchen für den Cedenten nutzlosen *actio* als zweifellos wirksam, wenn sie freiwillig erfolgt. Die Frage, worüber *tractari potest,* ist nur die, ob eine Verpflichtung zur Cession besteht. Dass die ganze Entscheidung Ulpian's sich

Gläubiger; 2. beim *mandatum in rem suam*, aus dem die Cession erwachsen ist, wird *actio* und Anspruch auf den Cessionar übertragen; 3. in unseren Fällen wird die *actio* dem dritten cedirt, dem der Anspruch bereits zusteht.

Digitized by Google

mit unserem Cessionsbegriff nicht vereinbaren lässt, ist ohneweiters zuzugeben. Darum hat die Stelle von jeher schwere Bedenken erweckt[68]) und dürfte nicht, wie es bisweilen geschieht[69]), unbesehen als massgebend für unser Recht betrachtet werden. Dernburg[70]) nennt die Entscheidung Ulpian's „gekünstelt". Das ist m. E. entweder zu wenig oder zu viel gesagt. Zu wenig, wenn die römische Cessionslehre in diesem Punkte mit der unserigen übereinstimmt. Denn dann ist die Entscheidung unrettbar falsch, und zwar so evident falsch, dass sie über das gewöhnliche Mass Ulpian'scher Flüchtigkeit bei weitem hinausgeht. Wenn aber die Römer die *actio* als ein besonderes Etwas ansahen, gewissermassen als das Gefäss, welches die Ansprüche enthielt, und welches, ohne Inhalt cedirt, in den Händen des Cessionars einen Inhalt erhalten konnte, dann scheint mir, was Ulpian ausführt, nicht den Vorwurf der Künstelei, sondern das Lob scharfsinnigen und zweckentsprechenden Denkens zu verdienen.[71])

Dass die Argumentation Ulpian's richtig ist, dass daher die Römer die Cession einer *a. inanis* kannten und dazu be-

---

[68]) Vgl. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft I, S. 82; Brinz, Pand., §. 270, Note 38 und 39; hier wird die Schwierigkeit richtig erkannt, wenn aber Brinz sich bei folgender Lösung beruhigt: „vielleicht dachte Ulpian, dass die *a. pign. contr.* dem Gläubiger *ipso iure* zustehe und also auch cedirbar sei, dass aber gegen Einreden, wider welche der Cedent selbst allerdings nicht aufzukommen vermöchte, der Cessionar immerhin aufkomme", so sind die Gegensätze von *ipsum ius* und *exceptio* hier jedenfalls in unrömischer Art verwendet: eine *exceptio* des mangelnden Interesses ist bei einer auf *quidquid dare facere oportet ex f. b.* gestellten *intentio* nicht denkbar.

[69]) Z. B. bei Windscheid, Pand., §. 237, Note 22.

[70]) Pand., Bd. I, §. 282, Note 7; Pfandrecht, Bd. II, S. 193 fg.

[71]) Allerdings gewährt Tryphonin in *fr. 12 §. 1 de distr. pign. 20, 5* dem evincirten Pfandkäufer eine andere *actio* gegen den Verpfänder, und zwar, wie mir scheint, eine Bereicherungsklage *(ne ex aliena factura sibi lucrum adquirat)*. Aber diese Klage beschränkt sich auf den Betrag des Kaufpreises, der dem Verpfänder zugute gekommen ist, vgl. Dernburg, Pfandrecht, Bd. II, S. 197. Der Ausweg, den Ulpian gefunden hat, führt zu einem volleren Ersatz des Schadens. Die Entscheidung von Hermogenian, *fr. 74 §. 1 de evict. 21, 2*, bezieht sich auf das *pignus in causa iudicati captum*, bei welchem es an einem Verpfändungsacte fehlte, darum wird die *a. utilis ex empto* ausdrücklich auf den Kaufpreis, nicht auf das Interesse des Käufers gestellt, denn der Ausgepfändete hat den Schaden des Käufers nicht verschuldet.

Digitized by Google

nützten, dem Interessenten eine Klagemöglichkeit zu verschaffen, ergibt sich aus der Thatsache, dass die Entscheidung des *fr. 38 cit.* nicht allein steht.[72]) Man denke z. B. an die für unsere Auffassung eigenthümliche Art, wie bei Vindication einer im Besitz eines Mündels befindlichen Sache die Haftung des Vormundes für sein Verschulden in Bezug auf diese Sache vermittelt wird.[73]) Der Vormund haftet dem Mündel mit der *cautio rem pupilli salvam fore*, respective mit der *a. tutelae* für allen Schaden, den er bei der Verwaltung der Vormundschaft angerichtet hat. Nun hat er durch schlechte Führung der Vormundschaft einen Schaden gestiftet, aber nicht am Vermögen des Mündels, sondern an einer Sache (oder Erbschaft), die sich blos im Besitze des Mündels befand. Der geschädigte Eigenthümer oder Erbe hat aber (abgesehen von der in vielen Fällen nicht ausreichenden *a. legis Aquiliae*) keine *actio* gegen den Vormund, sondern nur gegen den Mündel. Die ältere Jurisprudenz (Aristo) half sich bei dieser Complication damit, dass sie den Mündel für haftbar erklärte, wenn er einen wirksamen Regress gegen den solventen Vormund hatte.[74]) Pomponius und mit ihm Ulpian verweisen auf die Cession der *a. tutelae* an den geschädigten dritten.[75]) Sie nehmen auch hier keinen Anstoss

[72]) Vgl. Rümelin, Selbstcontrahiren des Stellvertreters, S. 64.

[73]) *Fr. 61 de adm. et per. 26, 7: Apud Aristonem ita scriptum est: quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debebit, si pupillo de hereditate cautum sit. cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. sed si tutor solvendo non est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris esse debeat . . . tu quid putas? Pomponius: puto eum vere dicere. sed quare cunctatus est, si solvendo non sit tutor, cuius damnum esse debeat? cum alioquin elegantius dicere poterit, actiones dumtaxat, quas haberet cum tutore pupillus, petitori hereditatis praestandas esse . . . cf. fr. 1 quando ex f. 26, 9.*

[74]) Das ist der Gedankengang von Zimmermann (vgl. oben S. 550) und von Moreau in der von Brinz, §. 270, Note 38 citirten Dissertation.

[75]) Vgl. *fr. 3 §. 1 de trib. a. 14, 4* und *fr. 21 §. 1 de pec. 15, 1*, beides Stellen, in denen sich Ulpian für den Weg der Cession auf Pomponius beruft. Auch das oben S. 557 citirte *fr. 1 § 11 dep.* geht auf Pomponius zurück, *fr. 16 dep.* ist von Afrikan. Dem Tubero scheint diese Verwendung der Cession noch nicht geläufig gewesen zu sein, vgl. *fr. 13 § 30 de a. e. 19, 1: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.*

Digitized by Google

daran, dass die *a. tutelae*, die eigentlich dazu bestimmt ist, die Ansprüche des Mündels aufzunehmen, durch die Cession ihrem Zwecke entfremdet und zur Durchsetzung von Ansprüchen des Cessionars verwendet wird. Es kommt den römischen Juristen darauf an, zwischen dem Geschädigten und dem Schuldigen, der diesen Schaden zu ersetzen *ex bono et aequo* verpflichtet ist, einen actionenmässigen Contact herzustellen, und sie benützen dazu die beim Gläubiger inhaltlose und für ihn entbehrliche *actio.*[76])

Ein ähnlicher Vorgang zeigt sich beim *beneficium cedendarum actionem* unter Mitschuldnern und speciell Mitbürgen.[77]) Die *aequitas* verlangte einen proportionellen Regress. Aber die Mitschuldner standen zueinander in keinem Rechtsverhältniss, aus dem eine *actio* entsprungen wäre. Nun hatte aber der Gläubiger zwei oder mehrere *actiones de eadem re;* hatte er auf die eine *actio* hin Befriedigung erhalten, so war die andere für ihn überflüssig geworden. Nun kamen die römischen Juristen auf den Gedanken, diese überflüssige *actio* durch Cession an den

---

[76]) Bei dieser Verwendung der Cession muss allerdings vorausgesetzt werden, dass die *intentio* auf den Namen des Cessionars gestellt war, also im Falle des *fr. 38 de evict.* etwa so lautete: *quod Ns. Ns. Ao. Ao. rem pignori dedit, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Lucio Titio dare facere oportet ex f. b. eius Nm. Nm. Lucio Titio condemna.* Nun wissen wir aus Gaius, IV, 86, dass *qui alieno nomine agit, intentionem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.* Daraus ergibt sich, dass auch im normalen Fall der Cession (Uebertragung von *actio* und Anspruch) der Cessionar mit der *a. mandata* stets nur das Interesse des Cedenten, nicht das eigene verlangen konnte, während es doch, sobald man den Cessionar als Gläubiger auffasst, der Consequenz des Rechtes entspricht, ihm den Ersatz des Schadens zuzusprechen, den der Schuldner ihm durch Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zufügt (vgl oben S. 558). Sollte nicht das Aufkommen der *a. utilis,* mit welcher der Cessionar *suo nomine* klagt, mit diesem Unterschied in der Schadensschätzung zusammenhängen?

[77]) Vgl. Windscheid, Pand., §. 481, Note 9; Dernburg, Pand., Bd. II, §. 81, Note 14; Stampe, Archiv f. civil. Praxis, Bd. LXXX, S. 407 fg., der übrigens zu Unrecht *fr. 28 mand. 17, 1* und *fr. 95 §. 10 de solut. 46, 3* in diesen Zusammenhang hereinzieht. Denn in beiden Fällen handelt es sich um Klagen, die im Verhältniss von blosser Solidarität zu einander stehen, weil sie verschiedenen Inhalt haben: Klage auf eine bestimmte Geldsumme und Klage auf Ersatz des Schadens, der durch das Creditiren entstanden ist. Es ist daher gar nicht auffällig, dass die erste Klage cedirt werden kann, nachdem die zweite Klage angestellt ist.

Digitized by Google

zahlenden Schuldner zur Geltendmachung seines Regresses zu verwenden. Sie hatten dabei mit der constructiven Schwierigkeit zu kämpfen, dass die zu cedirende *actio* nach allgemeinen Grundsätzen untergegangen war. Sie haben diese Schwierigkeit durch die bekannte Unterstellung einer *emptio nominis* mehr verdeckt als beseitigt.[78]) Sie haben sich nicht daran gestossen, dass der Cedent eine *actio* abtritt, die er selbst nicht mehr erheben könnte, weil sie für ihn keinen Inhalt hat; es genügte ihnen, dass der Cessionar in die Form der cedirten *actio* den Inhalt seines eigenen Regressanspruches legen konnte.[79])

Angesichts dieser Analogien halte ich es nicht für unzulässig, anzunehmen, dass auch in dem Fall, von dem wir ausgingen, Cession der *a. depositi* an den Eigenthümer der deponirten Sache, der Cessionar sein eigenes Interesse einzuklagen berechtigt war.[80]) Dass die Römer, statt den Eigenthümer mit einer eigenen *actio* auszustatten, ihm die cedirte Klage zur Geltendmachung seines Interesses zur Verfügung stellten, ist gerade in solchen Fällen besonders naheliegend: denn die Frage, ob der Depositar überhaupt zu haften hat, d. h. ob er einen Verstoss gegen seine Vertragspflichten begangen hat, lässt sich nicht anders als aus den Umständen der Hinterlegung beurtheilen, und das konnte am bequemsten im Rahmen einer *a. depositi cessa* geschehen.

VIII.

Für unser heutiges Recht ist die römische Denkfigur einer *a. cessa* mit eigenem Anspruch des Cessionars nicht zu gebrauchen. Es wäre ein Anachronismus, den eine begriffsstrenge Dogmatik nicht dulden sollte, wenn wir noch mit einer *actio* operiren

---

[78]) Dass die *venditio nominis* nur ein Nothbehelf war, um die Cession einer in Wahrheit nicht mehr vorhandenen *actio* zu rechtfertigen, zeigt sich daran, dass die römischen Juristen den Vorbehalt der Cession bei der Zahlung, den sie ursprünglich forderten und fordern mussten, schliesslich aufgegeben haben, vgl. Dernburg, a. a. O.

[79]) Vgl. insbesondere *fr. 36 de fidei, 46, 1: ideo habet actiones quia tenetur ad id ipsum ut praestet actiones* und *fr. 25 de adm. tut. 26, 7: quid tamen si iam fecerunt iudicatum curatores? proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de praeda magis quam de damno sollicitus est, nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus.*

[80]) So auch Rümelin, a. a. O. Note 1.

Digitized by Google

wollten, die beim Cedenten inhaltslos ist und erst beim Cessionar einen Inhalt bekommt.[81]) Und andererseits dürfte der Vorschlag, diesen Fällen zuliebe die sonst so gefestigten Begriffe unserer Cessionslehre zu modificiren, kaum auf Zustimmung rechnen können.[82]) Wir stehen vor einer Alternative: entweder kann der Contrahent von seinem Schuldner nichts verlangen, dann kann er auch nichts cediren[83]), oder: er kann eine wirksame Forderung cediren, dann muss die Klage schon vor der Cession einen Inhalt gehabt haben. Die erste Lösung, dem Contrahenten die Klage und damit die Cessionsmöglichkeit zu verweigern, weil der Schaden nicht ihn, sondern einen dritten trifft, kann m. E. nicht die richtige sein: warum soll der schuldige Mitcontrahent *per occasionem iuris* eine unverdiente Haftungsfreiheit geniessen, und der Schaden, den er gestiftet hat, ohne Ersatz bleiben? Es kann also nur die zweite Lösung in Betracht kommen: der Gläubiger hat einen Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner; da aber der Schaden nicht den Gläubiger selbst, sondern einen dritten betroffen hat, so kann auch der Gläubiger die Ersatzleistung nicht an sich selbst, sondern nur an den dritten verlangen. Wir können das Resultat, das sich ergeben hat, in folgendem Satz formuliren:

---

[81]) Diese Construction findet sich in enger Anlehnung an den Gedankengang Ulpian's in *fr. 38 de evict.* in der Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. XXXIX, Nr. 62. Das Reichsgericht statuirt, im Widerspruch zu der Ansicht des Kammergerichtes, „die Cessibilität eines Anspruches, an welchem der Cedent ein persönliches Interesse nicht hat", den er also auch nicht selbst geltend machen könnte.

[82]) Stampe, a. a. O. S. 412, gibt im Anschluss an die Quellenaussprüche über das *benef. ced. act.* folgende Definition der Cession: Die Cession ist von den Römern zu einem Rechtsinstitut ausgestaltet worden, „das nicht Uebertragung des eigenen Leistungsanspruches des Cedenten ist, sondern vielmehr Bestellung eines neuen, jenem nur gleichartigen, aber nicht mit ihm identischen Rechtes an den Cessionar, die allezeit geschehen kann, so lange das Cessionsrecht des Cedenten vorhanden ist, mag auch ein Recht auf Leistung für ihn nicht mehr existiren oder überhaupt nicht existirt haben". Um diesen Cessionsbegriff zu handhaben, müsste man sich erst darüber einigen, unter welchen Voraussetzungen ein von dem Leistungsanspruch unabhängiges „Cessionsrecht" vorhanden ist.

[83]) Das ist das Resultat, zu welchem die historische Entwicklung beim *benef. ced. act.* führt. Der Regressanspruch ist ein eigenes Recht dessen, der eine fremde Schuld zahlt, inhaltlich allerdings abhängig von dem erloschenen Rechte des Gläubigers, vgl. Stammler, Recht der Schuldverhältnise, S. 203.

Digitized by Google

„Wenn der Gläubiger zu einem dritten in einem Rechtsverhältniss steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem dritten entstanden oder nachträglich auf den dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger den Schuldner zur Entschädigung des dritten anhalten.“ [84])

Den Römern war ein Anspruch auf Zahlung an einen dritten nicht geläufig, jedenfalls löste er sich in eine *condemnatio* zugunsten des Gläubigers selbst auf. In unserem Rechte dagegen sind solche Ansprüche allgemein als zulässig anerkannt und können mit den Mitteln unseres Processes und unserer Execution ohne erhebliche Schwierigkeiten durchgesetzt werden (vgl. oben S. 531).

Ein Anspruch des Contrahenten auf Entschädigung des dritten wird aber den Verhältnissen meines Erachtens vollkommen gerecht: könnte die geschuldete Leistung noch *in natura* erzwungen werden, so würde sie dem Vermögen des dritten zugute kommen. In diesem Vermögen entsteht durch eine *culpa* des Schuldners der Schaden. An dieses Vermögen muss auch der Ersatz geleistet werden. [85])

Aber ist es nicht eine exorbitante, den Schuldner unbillig beschwerende Ausdehnung der Haftung, wenn man dem Gläubiger das Recht gibt, den Schaden eines dritten zu liquidiren? [85a]) Dieser Einwand erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhältig. Unsere Regel führt nicht zu einer Erweiterung der Haftung, sondern nur dazu, dass ein grundloses Wegfallen der Haftung vermieden wird. Der Schuldner soll nur für das Interesse des dritten aufkommen, welches an Stelle des normaler

---

[84]) Ebenso, wenn ich ihn recht verstehe, Kohler, Archiv f. bürgerl. Rt., Bd. XII, S. 34, Note 34 *a*: „wenn jemand aus einem für sich abgeschlossenen Vertrag ein Entschädigungsrecht erworben hat, so kann er dieses Entschädigungsrecht *in favorem tertii* behalten, auch wenn das Entschädigungsinteresse nun das Interesse eines dritten wird ... er kann diesem dritten den Entschädigungsanspruch cediren.“ Er kann ihn auch, möchte ich hinzusetzen, *in favorem tertii* ausüben, d. h. vom Schuldner verlangen, dass er den dritten entschädige.

[85]) Zum gleichen Resultat kamen auch in gewissen Fällen die Römer, wenn sie, wie ich oben S. 557 angenommen habe, dem Gläubiger den Sachwerth gegen *cautio defensum iri* zusprachen.

[85a]) Crome, a. a. O. S. 301.

Digitized by Google

Weise vorhandenen eigenen Interesses des Gläubigers getreten ist. Allerdings wird es dem Schuldner, der mit C contrahirt, oft nicht bekannt sein, dass ein dritter das Interesse an der Leistung hat, respective dass es auf ihn übergegangen ist. Aber bekanntlich ist Voraussehbarkeit des Schadens im gemeinen Recht keine Voraussetzung der Ersatzpflicht[86]), und wenn das b. G. B.[87]) in gewissem Sinne darauf Werth legt, ob der Schuldner die Höhe des Schadens voraussehen konnte, so handelt es sich hiebei doch nur um den Betrag des Schadens, nicht um die Person des Geschädigten: wenn z. B. dem D ein Brief anvertraut wird, in welchem 10.000 Mark enthalten sind, so verlangt es die *bona fides*, dass man ihn auf die Höhe der Summe aufmerksam macht, damit seine Sorgfalt die nöthige Intensität erreiche. Dagegen ist es für die Anspannung der Diligenz gleichgiltig, ob der Schuldner glaubt, dass die Geldsumme dem Deponenten gehöre, oder weiss, dass sie Eigenthum eines dritten ist.

Gibt man dem Gläubiger, wie es mir richtig scheint, in Ermangelung eines eigenen Interesses eine Klage auf Entschädigung des dritten Interessenten, so ist es nicht mehr nöthig, zu untersuchen, ob der Gläubiger ein mit dem directen Interesse des dritten coincidirendes Haftungsinteresse hat. Denn die Liberation, welche der Haftungsinteressent verlangen darf (vgl. oben S. 541), erfolgt ja ebenfalls durch Entschädigung des dritten. Für die Haftung des Schuldners, der den Schaden gestiftet hat, sollte es keinen Unterschied machen, ob der Geschädigte sich ausserdem noch an den Gläubiger halten darf. Nehmen wir als Beispiel die Haftung für Eviction. Anerkannt ist die Haftung des Verkäufers D, wenn die Eviction zwar nicht beim Käufer C selbst erfolgt, sondern bei einem Singularsuccessor desselben, T, wenn aber C dem T für diesen Schaden aufzukommen hat. Soll nun die Haftung des D wegfallen, wenn C dem T für die Eviction nicht einstehen muss? Die Schädigung des T ist genau die gleiche, ob er nun die Sache von T gekauft oder als Geschenk erhalten hat; in beiden Fällen ist auch derselbe Grund vorhanden, den D für diesen Schaden verantwortlich zu machen:

[86]) Windscheid, Pand., §. 258, Note 19; Dernburg, Pand., Bd. II. §. 45, Note 7, Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. XIX, Nr. 5.

[87]) §. 252 und §. 254, 2.

Digitized by Google

er hat über eine Sache verfügt, ohne ein Recht an ihr zu haben. Es ist für ihn ein blosser Zufall, auf den er nicht rechnen kann, dass der Käufer C die Sache weder behalten, noch verkauft, sondern verschenkt hat. Dass die Rechtsordnung dem C mit Rücksicht auf seine liberale Handlungsweise die Haftung für den Evictionsschaden abnimmt, ist ja nur eine Begünstigung des C, und sollte weder dazu führen, dem D einen unberechtigten Vortheil zu verschaffen, noch den T jedes Schadenersatzes zu berauben.[88]) Dasselbe muss gelten, wenn C beim Weiterverkauf an T seine Haftung wegbedungen hat. Denn das *pactum de non praestanta evictione* ist doch nur zur Sicherung des Verkäufers C gewollt; dagegen hat weder er noch sein Käufer T ein Interesse daran, die Haftung des D auszuschliessen. Dass dem D kein Unrecht geschieht, wenn er haftbar bleibt, obwohl der Käufer C keinem Evictionsanspruch ausgesetzt ist, ergibt sich zur Evidenz aus folgender Erwägung: C hätte bei der Schenkung, respective dem Verkauf „ohne eigene Gewähr" den ihm zustehenden Evictionsanspruch seinem Rechtsnachfolger cediren können, ohne dass D sich über diesen Wechsel in der Person des Interessenten hätte beklagen dürfen. Soll er nun Vortheil daraus ziehen, dass diese Cession unterblieben ist, weil C und sein Rechtsnachfolger T an die Gefahr der Eviction nicht dachten oder annahmen, dass auch ohne Cession die Haftung des D wirksam bleibe?

Aehnliche Combinationen ergeben sich bei der Haftung für Mängel der Kaufsache. Der Verkäufer D hat nach b. G. B. §. 463 Schadenersatz zu leisten, wenn er einen Fehler der Sache arglistig verschwiegen hat. Wenn nun der Käufer C die Sache ohne eigene Kenntniss des Fehlers an T weiterverkauft oder verschenkt und der Schaden tritt bei T ein, so kann sich T nicht an seinen Rechtsvorgänger C halten, und daher fehlt dem C das Haftungsinteresse an dem Schaden, den T erlitten hat. Soll nun der dolose Verkäufer durch diesen Umstand frei werden. Ist es nicht richtiger, ihn für diesen Schaden haften zu lassen, und zwar so, dass der Käufer C ihn anhalten kann,

[88]) Vgl. über die verschiedenen Meinungen Windscheid, Pand., §. 391, Note 31; Mommsen, Interesse, S. 126; Hellwig, Archiv f. civil. Praxis, Bd. LXXXVI, S. 239, sowie die in diesem Punkte überzeugenden Ausführungen des in der oben Note 81 citirten Entscheidung.

Digitized by Google

den Schaden des T zu ersetzen? Oder: C hat eine Eigenschaft der Sache, die er an T verkaufte, *bona fide* zugesichert. Seine Haftung verjährt nach b. G. B. §. 477 in sechs Monaten. D, von welchem C die Sache gekauft hatte, hatte die Eigenschaft dolos zugesichert, seine Haftung verjährt erst in 10 Jahren. Soll er nun von seiner Haftung frei werden, wenn der Schaden den zweiten Käufer T trifft und der erste Käufer C für diesen Schaden, mit Rücksicht auf seine *bona fides* nach Ablauf von sechs Monaten nicht mehr aufzukommen braucht? In der Theorie des Handelsgesetzbuches findet sich die Meinung vertreten, dass in solchen Fällen C seine Klage an T abtreten könne.[89]) Aber damit er das mit Erfolg thun kann, muss er m. E. selbst eine Klage haben, allerdings eine Klage auf Entschädigung des dritten.

IX.

Die Schadenersatzforderung des Gläubigers ist, wie ich annehme, ein Anspruch auf Leistung an den dritten, der den Schaden erlitten hat. Der Gläubiger kann diesen Anspruch an den dritten cediren, in dessen Händen sich die Forderung in einen normalen Leistungsanspruch verwandelt. Dieses wird oft der einfachste Modus sein, um den Schadenersatz zu reguliren, namentlich wenn der Gläubiger dem dritten mit seinem eigenen Vermögen nicht haftet. Aber oft genug wird der Gläubiger Veranlassung haben oder sogar genöthigt sein, die Klage auf Leistung an den dritten selbst anzustellen, z. B. wenn der dritte (Eigenthümer der deponirten Sache) abwesend ist und ein schleuniges Vorgehen gegen den Schuldner durch die Verhältnisse geboten ist. Kann die Leistung an den dritten selbst nicht erfolgen (weil er abwesend ist), so kann der Schuldner seiner Verpflichtung durch Hinterlegung nach b. G. B. §. 372 genügen. Wenn der Schuldner zur Leistung an den dritten verurtheilt ist und das Urtheil nicht freiwillig erfüllt, so kann sich der Gläubiger nach C. P. O. §. 773 ermächtigen lassen, die Handlung (d. h. die Zahlung an den dritten, resp. die Hinterlegung) selbst vorzunehmen.[90])

---

[89]) Hahn, Commentar zu Art. 350, §. 2; Hanausek, Haftung des Verkäufers, Bd. II, S. 360; A. M. Gareis, Stellen zur Disposition, S. 169.

[90]) Allerdings kann, wie Stammler, Schuldverhältnisse, S. 234 ausführt, der Gläubiger in der Regel nicht auf Hinterlegung klagen, die Hinter-

Digitized by Google

Hiebei bietet sich für den Gläubiger die Möglichkeit, ein etwaiges Retentionsinteresse (vgl. oben S. 538) zur Geltung zu bringen. Wenn der Gläubiger an der geschuldeten Leistung (z. B. an der von ihm bei D hinterlegten Sache des T) ein Retentionsrecht gehabt hätte, so ist kein Grund vorhanden, warum er diesen Vortheil verlieren sollte, falls die Leistung durch ein Verschulden des D sich in Schadenersatz umsetzt. Vielmehr concurrirt infolge der Retentionsberechtigung das mittelbare Interesse des C mit dem directen Interesse des T. Aber eine Theilung des von D zu zahlenden Ersatzbetrages, so dass C einen Theil für sich, einen andern für T verlangen könnte, lässt sich im Processe zwischen C und D nicht durchführen, weil das Verhältniss zwischen C und T dem D nicht bekannt ist und ihn nicht weiter interessirt. Dagegen steht m. E. dem C nichts im Wege, unter Berufung auf ein Retentionsrecht, das er an dem ursprünglichen Leistungsgegenstande gehabt hätte, zu verlangen, dass D die Ersatzsumme nicht an T auszahlt, sondern mit der Massgabe hinterlegt, dass sie nur nach Erledigung der Rechtsverhältnisse zwischen C und T an einen von beiden ausgezahlt werden soll. Als Analogie für eine derartige Hinterlegung verweise ich auf b. G. B. §. 432. Dass das b. G. B. unseren Fall nicht vorsieht, darf m. E. einer den Verhältnissen angemessenen Ausnützung des Instituts der Hinterlegung nicht entgegenstehen.

Der Gläubiger kann, wenn er Ersatz eines fremden Schadens verlangt, nur Zahlung an den dritten verlangen. Aber er kann, da er immerhin der Gläubiger ist, obwohl die Leistung einem dritten zugute kommen soll, über die Forderung verfügen. Er kann namentlich mit befreiender Wirkung für den Schuldner den Schadenbetrag von diesem entgegennehmen. Es liegt darin eine Art von *datio in solutum*. Der Schuldner wird es oft genug vorziehen, die Ersatzsumme an den Gläubiger zu zahlen, mit dem er schon in Beziehungen steht, als an den ihm fernstehenden dritten. Ist der Gläubiger dem dritten haftbar, so dient ihm

---

legung ist vielmehr ein Recht des Schuldners. Aber hier ist die Klage des Gläubigers auch nicht auf Hinterlegung, sondern auf Leistung an den dritten gestellt; der Schuldner kann aber nicht Unmöglichkeit der Leistung vorschützen, da ihm die Hinterlegung offen steht.

Digitized by Google

diese Summe als Deckung [91]), unterliegt er keiner Haftung, so bekommt er die Summe mit der Bestimmung, sie zur Begleichung des Schadens des dritten zu verwenden. Fällt dieser Zweck weg, z. B. durch Verzicht des T auf Entschädigung, so kann der Schuldner das Gezahlte mit einer *condictio ob causam finitam* (b. G. B. §. 812) zurückfordern. Ebenso wie durch Zahlung einer Geldsumme kann der Schuldner dem Gläubiger den zu seiner Liberirung, resp. zum Schadenersatz an T erforderlichen Geldwerth dadurch verschaffen, dass er ihn auf den Werth einer ihm, dem Schuldner, gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung verweist. Der Schuldner kann unter Verzicht auf seine Gegenforderung verlangen, dass der Gläubiger die Entschädigung des dritten bis zum Betrag dieser Gegenforderung übernehme. Denn der Schuldner hat beim Abschluss des Vertrages nicht damit gerechnet, dass fremde Interessen im Spiel sind, er kann daher verlangen, dass die Rechtsfolgen des Vertrages zwischen ihm und seinem Gläubiger abgewickelt werden. Compensation liegt in diesem Falle nicht vor, schon weil es an der Gleichartigkeit der beiden Forderungen fehlt. [92]) Es kommt auch nicht zu einer definitiven Aufhebung der Gegenforderung: wenn C nicht dazu kommt, den dritten zu entschädigen, so ist auch die Gegenforderung des D, deren Werth zu diesem Zwecke bestimmt war, nicht getilgt.

Der Schuldner wird nur dann Bedenken tragen, seiner Ersatzpflicht durch Zahlung an seinen Gläubiger zu genügen, wenn er einer eigenen Klage des dritten Interessenten ausgesetzt ist. Das ist der Fall bei Beschädigung oder Vernichtung einer anvertrauten, dem Anvertrauenden nicht gehörenden Sache. Hier kann der Eigenthümer ganz unabhängig von den Ansprüchen des Gläubigers die *a. legis Aquiliae* (b. G. B. §. 823) haben. [93]) War nun das Eigenthum des dritten dem Schuldner bekannt oder ist es ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so kann er, wenn er an den Gläubiger gezahlt, sich nicht auf den Grundsatz des §. 851 b. G. B. berufen. Er wird daher, wenn er dem Gläubiger nicht volles Vertrauen schenkt, von ihm den Eigenthumsbeweis verlangen und, falls dieser nicht

[91]) Vgl. Versio, S. 98 fg.
[92]) Vgl. Versio, S. 109.
[93]) Vgl. oben S. 555.

Digitized by Google

geleistet wird, an den dritten Eigenthümer zahlen, resp. zu dessen Gunsten die Ersatzsumme hinterlegen.

X.

Wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf Leistung an den dritten diesem dritten cedirt, so kann, wie wir oben S. 570 bemerkt haben, der dritte Leistung an sich selbst verlangen. Zu dieser Cession ist nun der Gläubiger überall verpflichtet, wo er Ersatz eines fremden Schadens zu verlangen hat. Die Cessionspflicht ergibt sich ohneweiters aus dem Verhältniss zwischen C und T, wenn ersterer als Geschäftsführer im weiteren Sinne für T contrahirt hat. Ebenso in den Fällen, in welchen C sich durch Cession seiner Ansprüche von persönlicher Haftung befreien kann (erlaubte Substitution bei übernommener Geschäftsführung, erlaubte Weitergabe einer anvertrauten Sache). Aber auch bei eigener absoluter Haftung ist C m. E. zur Cession seiner Regressklagen verpflichtet. Denn wenn das Gesetz den B persönlich haftbar macht, so geschieht das zu dem Zwecke, damit der Schadenersatzanspruch des T möglichst gesichert sei, und nicht um zu verhindern, dass der Geschädigte, wenn er es ausnahmsweise wünschen sollte, den Schuldigen, D, zum Ersatze anhalte. Auch ist dem C sein Anspruch gegen D nicht blos und nicht in erster Linie darum verliehen, damit er nicht zu Schaden komme, sondern damit durch seine Vermittelung dem direct Interessirten der Schaden ersetzt werde.[94]) Darum kann z. B. der Auftraggeber auch bei unbefugter Substitution Cession der Klage des Beauftragten gegen den Substituten verlangen.[95]) Ebenso der evincirte Käufer Cession der Ansprüche seines Verkäufers gegen dessen Autor.[96]) Auch wenn es an einem Ver-

---

[94]) Der Liberationsanspruch ist dem Haftungsinteressenten um des Geschädigten willen verliehen; der Liberationsanspruch des Geschäftsführers ist ihm nur um seinetwillen, nicht mit Rücksicht auf den dritten Contrahenten gewährt. Daher hat auch der dritte Contrahent in der Regel keinen Anspruch auf Cession. Vgl. Versio, S. 118.

[95]) Motive, Bd. II, S. 534 lassen dies dahingestellt sein.

[96]) Dernburg, Pand., Bd. II, §. 99, Note 28. (Ich nehme hiemit meinen Versio, S. 118, Note 78 aufgestellten Widerspruch zurück.) A. M. Mommsen, Erörterungen, I, S. 81. Die *stipulatio duplae* brauchte C natürlich nicht an T zu cediren, aber sie hatte auch nicht Schadensersatz zum Inhalt; vgl. oben Note 44.

Digitized by Google

tragsverhältniss zwischen C und T fehlt, lässt sich die Cessionspflicht doch begründen, z. B. C hat als *bonae fidei possessor* eine Sache des T deponirt; die ihm daraus erwachsene, auf Ersatz des Schadens des T gerichtete *a. depositi* lässt sich wohl als mit zu restituirende *causa rei* auffassen. Da die Klage des C auf Leistung an den T gerichtet ist, so kann in allen Fällen C, abgesehen von einem Retentionsinteresse, dem Verlangen der Cession keine guten Gründe entgegenhalten: *cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem quod sine dispendio creditoris futurum est?*

Mit Hilfe der cedirten Klage kann dann der geschädigte dritte Ersatz vom Schuldner verlangen, der den Schaden gestiftet hat. Aber wie gestaltet sich die Lage des dritten, wenn die Erzwingung der Cession auf Schwierigkeiten stösst, wenn z. B. der Contrahent, dem die zu cedirende Klage zusteht, abwesend ist, oder wenn er die Cession zu unrecht verweigert und der Anspruch gegen den Schuldner in der Zwischenzeit zu verjähren droht[97]), oder namentlich: wenn der Contrahent in Concurs verfallen ist und der Concursverwalter, statt den Anspruch auf Leistung an den Interessenten auszuüben oder an diesen abzutreten, mit dem schuldigen Mitcontrahenten in Verhandlungen tritt, um eine von diesen zu zahlende Abfindungssumme in die Concursmasse zu ziehen?[98])

In einem Fall ist diese Gefährdung des geschädigten dritten durch den Concurs des Contrahenten gesetzlich ausgeschlossen. Forderungen des Commissionärs „gelten, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniss zwischen dem Committenten und dem Commissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Committenten". H. G. B. Art. 368 (ebenso das neue H. G. B. §. 392). Diese Bestimmung bezieht sich auf alle Forderungen aus den Geschäften des Commissionärs, vor allem aber auch auf seine Ersatzforderungen für Schädigung des Committenten. Der Committent kann diese Ersatzforde-

---

[97]) Einen Fall dieser Art, der dem O. L. G. Hamburg vorlag, bespricht Burchard, Spedition, S. 180 fg., und proponirt zur Abhilfe einen Zusatzartikel zu H. G. B., Art. 386.

[98]) Vgl. über dieselbe Frage in Bezug auf Liberationsansprüche (besonders aus Geschäftsführung) Versio, S. 126 fg. und dazu die Recension von Hellmann in der Krit. Vjschr., Bd. II, S. 53.

Digitized by Google

rungen aussondern und erhält auf diese Weise ungeschmälerte Entschädigung. Das b. G. B. hat es abgelehnt, diese Norm auf die Verhältnisse des bürgerlichen Verkehrs auszudehnen, welche die juristische Structur des Commissionsgeschäftes haben.

In anderen Fällen, z. B. beim Depositum einer fremden Sache, könnte man zum Schutz des Eigenthümers die Analogie des §. 38 der K. O. herbeiziehen: wenn der Gemeinschuldner die fremde Sache veräussert hätte, so könnte der Eigenthümer den durch die Veräusserung entstandenen und gewissermassen an Stelle der Sache getretenen Kaufgeldsanspruch aus der Masse aussondern. Wenn nun der Gemeinschuldner eine fremde Sache deponirt hat und an Stelle der vernichteten Sache eine *actio depositi* auf Schadenersatz getreten ist, so scheint die *ratio legis* auch hier ein Aussonderungsrecht des Eigenthümers zu verlangen.

Doch sind diese speciellen gesetzlichen Vorschriften nicht imstande, in allen Fällen unserer Art die nöthige Abhilfe zu gewähren. Ich denke z. B. an den Fall, dass der Verkäufer nach Absendung der Ware und erhaltenem Kaufpreis in Concurs geräth und die Ware durch bösliche Handlungsweise der Bahn untergeht. Der Verkäufer kann ausser dem Handelswerth der Ware auch noch den Ersatz des vollen Schadens verlangen. Dieser Schaden findet sich aber in der Person des Käufers (vgl. oben S. 546). Soll es nun möglich sein, dass die Ersatzsumme für diesen speciellen Schaden, der den Käufer getroffen hat, in die Concursmasse des Verkäufers gezogen wird. Oder: Der Käufer einer Sache hat sie dem T geschenkt und ist in Concurs verfallen. Jetzt wird die Sache dem T evincirt. Wie kann T den Concursverwalter zwingen, ihm die *a. emti* zu cediren? Oder soll der Ersatz eines Schadens, den der Käufer nicht erleidet, seinen Gläubigern zugute kommen?

Ich glaube, wie der Anspruch auf Ersatz eines fremden Schadens keine singuläre Erscheinung ist, sondern auf dem ganzen Rechtsgebiet überall vorkommt, wo durch die Nichterfüllung eines Vertrages nicht der Contrahent, sondern ein dritter geschädigt wird, so muss es auch in allen Fällen dieser Art einen Rechtsbehelf geben, um dem dritten den Ersatz seines Schadens zu sichern, wenn er die Cession der Schadenersatzforderung nicht durchzusetzen vermag.

Digitized by Google

Im römischen Recht wurde dem Cessionsberechtigten in solchen Fällen oft durch Verleihung einer *actio utilis* geholfen. Sicher bezeugt ist die *a. utilis* aus Contracten eines Geschäftsführers.[99]) Aber auch sonst wird eine *a. utilis* erwähnt, z. B. bei der Deposition einer fremden Sache.[100]) Eine allgemeine Regel für die Gewährung solcher *actiones utiles* findet sich in den Quellen nicht.

Die moderne Doctrin spricht in solchen Fällen von Legalcession. Dieses Rechtsinstitut ist in neuerer Zeit in Misscredit gekommen. Der Legalcession ist von Savigny[101]) und Puchta[102]) im Anschluss an die ältere Lehre ein zu weites Gebiet eingeräumt worden: sie sollte überall da statthaben, wo eine Verpflichtung zur Cession besteht. Die Reaction ist hier. wie oft, zu weit gegangen. Bei den neueren Pandektisten[103]) wird die *cessio legis* als Specialität aufgefasst und kein Versuch gemacht, gewisse Kategorien von Fällen festzustellen. Die moderne Gesetzgebung[104]) verhält sich ablehnend. Und doch scheint mir die *a. utilis* des römischen Rechts für gewisse Fälle, und besonders für die hier behandelten eine unentbehrliche Ergänzung des Rechtssystems zu sein. Nur kommt es darauf an, die richtige Begrenzung zu finden.

Das Hauptargument, mit welchem die Legalcession bekämpft wird, scheint mir ein guter Ausgangspunkt zu sein, um für die *a. utilis* ein Princip und ein passendes Anwendungsgebiet zu finden. „Wenn bei den übrigen Vermögensstücken die Verpflichtung zur Uebertragung nicht gleich der Uebertragung ist,

---

[99]) Vgl. die bei Windscheid, Pand., §. 482, Note 18 citirten Stellen, dazu noch *fr. 18 §. 16 damni inf. 39, 2: si procuratur meus damni infecti stipulatus sit, causa cognita mihi ex ea stipulatione actio competit.*

[100]) Paulus in Collatio 10, 7, §. 8: *si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt.* Vgl. auch *C. 8 ad exh. 3, 42,* in welcher allerdings eine Verabredung auf Rückgabe an den *dominus* vorausgesetzt ist, weshalb die Stelle als Beispiel für die Verträge zu Gunsten dritter benützt wird, Windscheid, Pand., §. 316, Note 7. (Eisele, Beiträge zur Rechtsgeschichte, S. 79 hält die letzten Worte des *C. 8 cit.*, in welchen die *a. utilis* erwähnt wird, für interpolirt, ohne dabei die Paulusstelle zu berücksichtigen.)

[101]) Obligationenrecht, Bd. I, S. 243.

[102]) Kleine Schriften, S. 463.

[103]) Windscheid, §. 330, Note 12; Dernburg, Bd. II, §. 49, Note 6; Wendt, Pand., §. 218.

[104]) Vgl. Motive, Bd. II, S. 120.

Digitized by Google

warum soll sie es bei der Forderung sein?“ [105]) Diese Analogie ist schlagend, aber sie reicht nicht weiter als die Aehnlichkeit der verglichenen Thatbestände: Wenn ich verpflichtet bin, mein Eigenthum zu übertragen, so bin ich nichtsdestoweniger bis zur Erfüllung dieser Verpflichtung noch Eigenthümer; die Sache gehört noch zu meinem Vermögen, d. h. ich kann über sie verfügen, wenn ich die Folgen des Vertragsbruches nicht scheue, ich behalte sie, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, und — was die Hauptsache ist — mein Eigenthum ist dem Zugriff meiner Gläubiger noch ausgesetzt. Dasselbe muss gelten, wenn ich verpflichtet bin, eine Forderung zu übertragen; sie gehört bis zur Vornahme der Cession zu meinem Vermögen, sie haftet meinen Gläubigern in und ausser dem Concurse. Dies Interesse der Gläubiger am Vermögen ihres Schuldners hat der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst geschützt, wenn er die Verpflichtung zu einer Rechtsübertragung von der Rechtsübertragung selbst unterscheidet. Diesen Standpunkt muss man auch einnehmen, wenn man sich fragt, ob dieser Rechtssatz ausnahmslos gilt.

Beim Eigenthum ist die Wirksamkeit des Traditionsprincipes durchschlagend: meine Gläubiger können meine Sache, so lange ich sie noch nicht tradirt habe, an sich nehmen und finden in dem Werth der Sache ihre Befriedigung. Wie steht es nun mit der Forderung, die ich zu übertragen verpflichtet bin, aber noch nicht cedirt habe? Nur soweit sie für den Zugriff der Gläubiger einen Werth hat, rechtfertigt es sich, an dem Erforderniss des Cessionsactes festzuhalten. Ob aber meine Forderung für meine Gläubiger von Werth ist oder nicht, richtet sich nach ihrem Inhalt. Geht meine Forderung auf eine geldwerthe Leistung, die mir zugute kommen soll, so ist sie ein Activum, das in der vorliegenden Frage mit dem Eigenthum auf einer Linie steht. Die Analogie trifft zu: warum sollte z. B. der Käufer einer Forderung vor den übrigen Gläubigern des Verkäufers einen Vorzug haben, den der Käufer einer Sache nicht hat? Warum sollte der Käufer einer Ware, die beim Frachtführer untergeht, im Concurse des Verkäufers dessen Forderung auf den Handelswerth der Ware aussondern können, wäh-

[105]) Windscheid, a. a. O.

Digitized by Google

rend doch die Ware selbst, wenn sie noch vorhanden wäre, zur Concursmasse gehören würde?[106])

Nun gibt es aber Forderungen, welche vermöge ihres Inhaltes dem Zugriff der Gläubiger entzogen sind oder wenigstens entzogen sein sollten, weil sie eine Verwerthung zu Gunsten der Gläubiger nicht zulassen, resp. weil eine solche Verwerthung dem Zwecke widersprechen würde, für welchen die Rechtsordnung sie geschaffen hat. Zu dieser Kategorie gehören m. E. die Forderungen auf Schadenersatz an einen dritten[107]), sei es, dass der Gläubiger selbst für den Schaden haftet, sei es, dass er nur seine Schadenersatzforderung an den Geschädigten abtreten muss. Eine Ausübung dieser Forderung würde der Concursmasse keinen Vortheil bringen, weil die Leistung des Schuldners an den dritten zu erfolgen hat. Möglich wäre eine Verwerthung nur auf dem Wege der *in solutum datio* (indem der Schuldner statt an den dritten an die Concursmasse zahlt) oder der Cession an den geschädigten dritten gegen ein von diesem zu zahlendes Entgeld. Aber diese Verwerthung scheint mir

---

[106]) Wenn das H. G. B. Art. 368 für Forderungen jeglichen Inhalts ein Aussonderungsrecht gewährt, so beruht diese Ausdehnung des Aussonderungsrechtes auf der besonderen Beschaffenheit des Commissionsverhältnisses.

[107]) Nicht alle Liberationsforderungen, resp. Forderungen auf Leistung an einen dritten haben eine Zweckbestimmung, welche die Ausnützung zum Vortheil der Gläubiger des Contrahenten ausschliesst. Vgl. Versio, S. VIII. Wenn z. B. D dem C verspricht, ihm eine drückende Forderung des T abzunehmen, so liegt darin kein Grund, warum T vor den übrigen Gläubigern des C in dessen Concurse bevorzugt sein soll, vgl. b. G. B. §. 329. Es muss zu dem Inhalte der Forderung, welcher die Aussonderung als naheliegend erscheinen lässt (Leistung an den dritten), noch ein weiteres Moment hinzukommen, auf Grund dessen sich die Bevorzugung des dritten als gerecht und billig darstellt. Dieses Moment liegt bei der Versionsklage darin, dass der Liberationsanspruch des Geschäftsführers im Vermögen desselben gewissermassen als Reflexwirkung der Forderung des Gläubigers entstanden ist. Bei der Schuldübernahme erwächst aus dem Liberationsanspruch des alten Schuldners ein Recht des dritten dann, wenn noch hinzukommt, dass „die Schuldübernahme Bestandtheil eines Geschäftes ist, welches dem Schuldübernehmer die Werthe verschafft, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommene Schuld vorzugsweise zu tilgen ist" (Dernburg, Pand., § 53). Vgl. auch die von Papinian in *fr. 7, §. 4* und *5 de dot. prael. 33, 4* befürwortete *a. utilis*. In unseren Fällen liegt das adminiculirende Moment, kraft dessen es billig erscheint, dem dritten, an den die Leistung zu erfolgen hat, ein Recht auf diese Leistung zu gewähren, darin, dass die Leistung Schadensersatz ist und der Schaden im Vermögen des dritten localisirt ist.

Digitized by Google

gegen den Zweck der Forderung zu verstossen, der doch nur in der Entschädigung des vom Schaden betroffenen dritten besteht, und zu einer grundlosen Bereicherung der Masse auf Kosten eines zum Schadenersatz Berechtigten zu führen.

Ist die Forderung so beschaffen, ist sie durch ihren Inhalt und Zweck dazu bestimmt, eine Ersatzfunction in dem Vermögen des geschädigten dritten zu erfüllen, so fehlt es an der hauptsächlichen *ratio iuris*, auf welcher sonst die Trennung von Cessionspflicht und Cessionsact beruht.

Unter normalen Verhältnissen, d. h. wenn der Gläubiger C solvent ist und seinen Pflichten gegenüber dem dritten T nachkommt, ist es eine nur scheinbar complicirte, thatsächlich aber zweckentsprechende Rechtsfigur, dass die Forderung auf Entschädigung des T dem Contrahenten C zusteht und erst durch Cession auf T übergeht. Denn der Grund, warum der Schuldner D den Schaden des dritten zu ersetzen hat, liegt ja in seinem Vertragsverhältniss zum Gläubiger; auch wird der Gläubiger oft in der Lage sein, die Schadenersatzklage selbst anzuheben, statt sie, wie es einfacher zu sein scheint, an den dritten abzutreten. Er wird dies thun, wenn eine schleunige Geltendmachung der Ersatzpflicht durch das Verhalten oder die Umstände des Schuldners geboten ist. Andererseits wird es der Schuldner oft vorziehen, die Ersatzsumme an seinen Gläubiger statt an den dritten zu zahlen (vgl. oben S. 571). Der Gläubiger erhält diese Summe auf Rechnung des dritten, dem sie durch Vermittelung des Gläubigers schliesslich zugute kommt. C ist daher, wenn er auch dem Schuldner D als Gläubiger der Schadenersatzforderung gegenübersteht, in seinem Verhältniss zum dritten Mittelsperson, ob er nun als Commissionär contrahirt hat oder, ohne es zu wissen, einen Vertrag geschlossen hat, an dem D das Interesse hat, oder ob er endlich sein eigenes Interesse später auf D übertragen hat und so nachträglich in die Stellung einer Mittelsperson gerathen ist.[108])

[108]) Die hier analysirten Rechtsverhältnisse bieten eine nicht fernliegende Analogie zu dem Rechtsgeschäft der Versicherung für fremde Rechnung. Vgl. darüber den grundlegenden Aufsatz von Ehrenberg in Jahrb. f. Dogm., Bd. XXX, S. 422 fg. Doch besteht der wichtige Unterschied, dass nach dem mit öffentlichem Interesse zusammenhängenden Grundsatze des Versicherungsrechtes der Schadensersatzanspruch immer nur in der Person des Interessenten entstehen kann, vgl. Ehrenberg, a. a. O. S. 457 fg.

Digitized by Google

Wenn nun in der Person des C abnorme Verhältnisse eintreten, durch welche die Functionen der oben geschilderten Vermittelung gestört werden und die Gefahr eintritt, dass die Schadenersatzforderung von ihrem immanenten Zweck (Entschädigung des Geschädigten) abgelenkt und anderen Zwecken dienstbar gemacht werde, so muss für solche ausserordentliche Fälle dem T eine ausserordentliche Hilfe gewährt werden.

Eine solche Hilfe konnte in Rom der Prätor gewähren, indem er *causa cognita* dem T aus dem Contracte des C eine *actio utilis* verlieh.[109]) Der Prätor machte von dieser souveränen Befugniss da Gebrauch, wo ohne sein Einschreiten aus dem für die gewöhnlichen Fälle berechneten Gefüge der Actionen eine Schädigung der materiellen Gerechtigkeit entstanden wäre. Mit dieser in der römischen Gerichtsverfassung vorhandenen, in der unsrigen fehlenden Correctur des materiellen Rechtes müssen wir stets rechnen, wenn wir aus der Quellenüberlieferung uns ein Bild von dem *ius quod erat* machen wollen. Wenn die römischen Juristen hin und wieder (vgl. oben Note 99) auf das Einschreiten des Prätors hinweisen, so liegt ihnen nichts ferner, als eine erschöpfende Uebersicht über die Fälle der *a. utilis* zu geben und das sachgemässe Ermessen des Prätors einschränken zu wollen. Das ist der Grund, warum aus den Quellen keine Theorie der *a. utilis* zu entnehmen ist.

Unserem Rechte fehlt die Ergänzung durch die Machtbefugnisse des Magistrats. Daher hat die *a. utilis* so, wie sie von den Römern in den uns interessirenden Fällen benützt wurde, in unserem Rechtssysteme keinen Platz. Der Kläger muss einen Rechtssatz anrufen, der ihm das Recht zu klagen gibt, nicht wie in Rom die Macht des Prätors. Unserer Dogmatik erwächst daraus die Aufgabe, einen Rechtssatz zu formuliren, der dem T in den Fällen hilft, in welchen er in Rom durch das *imperium praetoris* geschützt war. Diese Aufgabe wurde in älterer Zeit durch das Institut der Legalcession gelöst. Nicht gerade in glücklicher Weise, denn die Legalcession wurde, wie oben S. 576 ausgeführt, auf ein zu grosses Gebiet ausgedehnt, weit über das wirkliche Bedürfniss und die Anforderungen des *aequitas* hinaus. Aber auch in unseren Fällen,

[109]) Die Bedeutung der *causae cognitio* ist richtig betont von Karsten, Fingirte Cession, S. 53 und 78.

Digitized by Google

bei denen man in der That von dem Erforderniss des Cessionsactes absehen muss, wenn man den dritten nicht rechtlos lassen will, entspricht das, was man heute als Legalcession bezeichnet, nicht dem römischen Rechtsbehelf der *a. utilis*. Legalcession ist Uebergang einer Forderung kraft Gesetzes: T wird Gläubiger der Forderung, C hört auf es zu sein. Welches ist nun der zeitliche Moment, in dem dieser Gläubigerwechsel erfolgt? Für gewisse Fälle der Legalcession — und das sind nicht die unsrigen, sondern die vom b. G. B. recipirten Fälle der Befriedigung eines Gläubigers durch einen dritten[110]) — lässt sich dieser Moment präcis angeben: es ist der Moment der Befriedigung. Aber wie steht es mit unseren Fällen? Wann soll die Forderung auf Entschädigung des T vom Contrahenten C auf den T übergehen? Wenn der Prätor in solchen Fällen dem T eine *actio utilis* verlieh, so that er das nur, wenn T *„aliter rem suam servare non poterat"*. Das Vorliegen solcher Umstände wurde durch *causae cognitio* festgestellt, dann wurde die *actio* gewährt: jetzt erst war T Gläubiger des D geworden. In Ermangelung einer *causae cognitio* muss heute der Moment, in welchem T klageberechtigt wird, durch den Rechtssatz fixirt werden. Wollte man nun sagen: die Legalcession tritt ein, sobald ein Zustand vorliegt, bei welchem T *„aliter rem suam servare non potest"*, so würde eine solche Bestimmung des Uebergangsmomentes m. E. an dem Fehler mangelnder Präcision leiden. Wie schwierig kann es sein, festzustellen, ob T noch Aussicht hat, auf regulärem Wege, durch Vermittelung des C zu seinem Schadenersatz zu kommen. Und wie soll es dem Schuldner D zugemuthet werden, wenn T sich an ihn wendet, zu untersuchen, ob eine Nothlage des T eingetreten ist, die ihn zum Gläubiger macht und dem bisherigen Gläubiger C seine Forderung entzieht.

Angesichts dieser praktischen Bedenken scheint es mir richtiger, den Rechtsgedanken, welcher der römischen *a. utilis* zugrunde liegt, in unserem materiellen Rechte folgendermassen nachzubilden: für den dritten Interessenten entsteht im selben Moment, in welchem der Contrahent die Schadenersatzforderung gegen D erwirbt, das Recht, diese Forderung auch ohne Cession auszuüben. Es findet also kein Uebergang der Forderung von

[110]) Vgl. über diese Fälle Stammler, Schuldverhältnisse, S. 201 fg.

Digitized by Google

C auf T statt, sondern ein Nebeneinanderstehen zweier Forderungen, mit denen vom Schuldner dieselbe Leistung verlangt wird. Es wäre das ein Verhältniss, welches dem der activen Solidarität nahekommt, ohne damit identisch zu sein; denn einmal sind beide Forderungen nicht gleichartig: die Forderung des C geht auf Leistung an einen dritten, die des T auf Leistung an sich selbst [111]); und ferner: die Forderung des T ist accessorischer Natur, sie entsteht aus dem Rechtsverhältniss zwischen C und T (sie ist das Analogon der adjectivischen Klagen auf activer Seite [112]). T kann von D nur so viel fordern, als C verlangen kann. Hat D die Ersatzsumme an C bezahlt, so ist er auch dem T gegenüber frei, ebenso kann er auch den T darauf hinweisen, dass er die Ersatzsumme dem C im Werthe einer Gegenforderung zur Verfügung gestellt hat. Das alles ergibt sich aus dem Gedanken, dass T eine Forderung ausübt, die in der Person des C entstanden ist. Erst wenn T den D durch Denuntiation davon in Kenntniss gesetzt hat, dass er der eigentlich Geschädigte ist, darf D m. E. nicht mehr an seinen Hauptgläubiger zahlen, ebenso wenn D in Kenntniss davon, dass T der wahre Interessent ist, weiss, dass eine Zahlung an C (z. B. wegen Insolvenz) den Entschädigungszweck verfehlen würde.

Man könnte gegen eine *actio utilis* mit diesen Voraussetzungen einwenden, dass darin eine für normale Verhältnisse unnöthige und daher störende Einmischung des T in das Verhältniss zwischen C und D liegt, und es könnte in der That als Uebertreibung erscheinen, wenn man den T, um ihm für Nothfälle zu helfen, vom Anfang an und allgemein zum Mitgläubiger des C macht. Doch sind diese Bedenken m. E. nicht stichhaltig; denn T wird aus naheliegenden Gründen von seiner *a. utilis* nur dann Gebrauch machen, wenn ihm der normale Weg, die Klage mit der *a. cessa,* nicht zu Gebote steht. Bei der *a. utilis* hat der Kläger ein doppeltes Klagfundament; er muss beweisen, dass der Schuldner dem Contrahenten C gegenüber schadenersatzpflichtig ist und dass er, der Kläger, in einem Rechtsverhältniss zu C steht, kraft dessen er die Cession verlangen kann. Dieser zweite Theil des Beweises wird dem Kläger erspart, wenn er *actione cessa* klagt, und darum wird er stets vorziehen,

[111]) Vgl. Versio, S. 237; Stammler, a. a. O. S. 170.

[112]) Vgl. Ihering in seinem Jahrb., Bd. XXIV, S. 145.

Digitized by Google

erst die Cession zu erwirken und nur in Nothfällen den directen, aber schwereren Weg wählen.

Ferner könnte man einwenden, dass durch eine *a. utilis* ein Retentionsinteresse des C an der Ersatzsumme geschädigt werden könnte, welches er bei einem Cessionsbegehren des T wahren könnte. Doch hat C sehr wohl die Möglichkeit, sein Retentionsinteresse dadurch wahrzunehmen, dass er bei Geltendmachung des *a. utilis* als Hauptintervenient auftritt. Denn soweit sein Retentionsinteresse geht, ist er selbst der Geschädigte, kann also bis zu diesem Betrage Zahlung der Ersatzsumme an sich selbst verlangen.

Aus diesen Erwägungen halte ich es für zulässig und im Interesse der gerechten Ausgestaltung unseres Rechtes für nothwendig, den auf S. 567 aufgestellten Satz durch folgenden Zusatz zu ergänzen:

„Wenn die Vertragsklage auf Ersatz des Schadens eines dritten geht, so kann sie vom dritten auch ohne Cession ausgeübt werden."

Wem es zu kühn erscheint, wenn hier aus einem Vertrage zwischen C und D ein Klagerecht des T hergeleitet wird, der denke an die Entwicklung, welche in der gemeinrechtlichen Doctrin die Verträge zu gunsten dritter durchgemacht haben. Bei gewissen Verträgen „auf Leistung an einen dritten" liegen die Verhältnisse so, dass nur ein dem dritten gewährtes Klagerecht ihm den angemessenen Schutz verschafft. So sehr nun dies Resultat dem Elementarsatz der Römer, dass nur der Gläubiger aus dem Vertrage Rechte erwerbe, widerspricht, so haben sich doch Theorie und Praxis dazu drängen lassen, den dritten zur Klage zuzulassen, wo die Sachlage dies gebieterisch verlangte. Hier haben wir nun ebenfalls ein Rechtsverhältniss zwischen drei Personen, Gläubiger, Schuldner und dritten, bei welchem die materielle Gerechtigkeit ein Klagerecht des dritten postulirt. Allerdings beruht hier die Thatsache, dass die Leistung an den dritten zu erfolgen hat, nicht auf dem Willen der Contrahenten, sondern auf der Beschaffenheit der Leistung (Schadenersatz), aber auch beim Vertrag zu Gunsten dritter ist ja der Wille des Contrahenten, aus dem die Theorie das Klagerecht des dritten ableitet. nicht mehr als ein Nothbehelf, ein Deckmantel zur Verhüllung der nicht präcisirten und vielleicht auch

Digitized by Google

nicht völlig präcisirbaren Voraussetzungen, bei denen das Klagerecht dem dritten nicht verweigert werden kann.[113])

Auch das b. G. B. hat sich dem Bedürfniss, unter gewissen Umständen in ähnlichen Fällen wie die besprochenen dem dritten eine Klage zu gewähren, nicht ganz verschlossen. In zweiter Lesung ist in den §. 556 der Zusatz aufgenommen worden:

„Hat der Miether den Gebrauch der Sache einem dritten überlassen, so kann der Vermiether die Sache nach der Beendigung des Miethsverhältnisses auch von dem dritten zurückfordern."

Dem Vermiether wird hier zur Rückerlangung seiner Sache neben seiner Vindication die Ausübung der *a. locati, commodati* u. s. w. des Miethers erlaubt.[114]) Ist die Sache beschädigt oder vernichtet, so wird wohl auch die nunmehr auf Schadenersatz gerichtete Klage des Miethers dem Vermiether zur Verfügung stehen. Das Verhältniss zwischen der Vertragsklage des Miethers und der abgeleiteten Klage des Vermiethers ist so zu denken, wie ich es als Surrogat der römischen *a. utilis* in unserem Rechte eben dargestellt habe. Dieser Zusatz ist als wohlbegründete Verfeinerung des Rechtes zu begrüssen. Leider zeigt sich an dieser Stelle die mit jeder Codification verbundene Gefahr der Casuistik: ein entsprechender Zusatz findet sich bei der Leihe (§. 604), dagegen nicht bei der Verwahrung, ohne dass ein Grund dieser Verschiedenheit ersichtlich wäre.

---

[113]) Vgl. Lenel, Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXVI, S. 45.

[114]) Vgl. Endemann, Einführung, S. 833, Note 14.

Digitized by Google

XI.

Die Strafpflicht der politischen Behörden.

Von

Dr. **Carl Brockhausen.**

I.

Müssen die Verwaltungsbehörden die ihnen anvertraute Strafgewalt ausüben, oder dürfen sie von der Ausübung dieser Gewalt nach ihrem Ermessen absehen?

Entspricht ihrem Strafrechte in völlig gleichem Umfange eine Strafpflicht, oder ist ihnen eine discretionäre Gewalt gegeben, ein Mittel, welches gleich vielen anderen Mitteln ihnen die Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben erleichtern oder ermöglichen soll, ohne dass sie von diesem Mittel Gebrauch machen müssen, wenn ihnen andere Wege geeigneter erscheinen, ihre Endzwecke zu erreichen?

Ist ihnen ein Schwert in die Hand gegeben, dessen sie sich bedienen müssen, oder genügt es, dass sie das Schwert tragen, gelegentlich mit demselben rasseln, und nur dann zuschlagen, wenn besondere Gründe sie veranlassen, Ernst zu zeigen, oder wenn wenigstens keine besonderen Nützlichkeitserwägungen sie davon abhalten?

Das sind Fragen, deren grosse Bedeutung für das Verwaltungsrecht unverkennbar ist.

Im Strafprocesse haben sie längst Gegenstand eingehender Controversen in der Theorie und heftiger Kämpfe in den gesetzgebenden Körperschaften gebildet.

Wenn auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes ein Kampf von gleicher Intensität um diese Fragen nicht zu verspüren

Digitized by Google

war, so dürfte das geringere theoretische Interesse an verwaltungsrechtlichen Problemen mehr schuld daran sein als etwa die praktische Bedeutungslosigkeit derselben. Vor allem ist die Zahl der bestehenden und jährlich neu erzeugten Verwaltungsnormen, welche von Strafandrohungen begleitet sind, unendlich grösser als jene der gerichtlichen Strafnormen; sie greifen in so viele, täglich sich abspielende Lebensverhältnisse ein, dass auch derjenige sich ihnen nicht immer leicht entziehen kann, der in ängstlicher Weise die durch das Strafgesetz abgesteckten Gebiete in weitem Bogen zu umgehen bemüht ist. Weit mehr wie für das Strafrecht gilt für das Verwaltungsrecht der Satz: „Auch der Gerechte fällt siebenmal des Tages."

Dazu kommt noch eins: Diese zahlreichen politischen Strafnormen sind zumeist der Ausdruck des Sieges einer bestimmten politischen Richtung. Während im Strafgesetze über die den Gerichten zugewiesenen Delicte im grossen und ganzen die mehr stabilen Gedanken der allgemeinen Rechtsüberzeugung zur dauernden Festsetzung gelangen, ist es hier die momentan herrschende Partei, welche die Zeit ihrer politischen Macht benützt, um einen ihren Wünschen entsprechenden Zustand in der Verwaltung einzuführen, womöglich in Gesetzesform zu krystallisiren und mit Verwaltungsstrafnormen zu schützen. Diese Normen überdauern naturgemäss längere Zeit die Herrschaft jener Partei, die sie geschaffen hat; ein neues Regime tritt auf mit ganz anderen Sorgen und Interessen, und wenn es auch häufig weder Zeit noch Kraft besitzt, jene Normen aus der Welt zu schaffen, so legt es doch keine besondere Energie an den Tag, Einrichtungen zu schützen, die ihm veraltet, überflüssig, wo nicht gar schädlich erscheinen, Handlungen zu strafen, die ihm höchst irrelevant erscheinen.

Nur der Gedanke einer eisernen Strafpflicht könnte die Anwendung derartiger Normen sichern.

Damit gewinnt das uns beschäftigende Problem noch eine besondere, das ganze Gebiet des Verwaltungsrechtes umspannende Bedeutung: im Hintergrunde dieser Erörterungen steht die Frage, ob auf dem Gebiete der Verwaltung in letzter Linie die Herrschaft des Gesetzes oder jene der Partei massgebend sei. [1])

[1]) Die Untersuchung der Frage der Strafpflicht soll sich hier auf die politischen Behörden beschränken — nicht alle Verwaltungsbehörden umfassen.

Digitized by Google

II.

Die hier zur Discussion gelangende Frage der Strafpflicht der politischen Behörden findet in der Literatur des Strafprocesses ihre analoge Behandlung als Problem des Legalitäts- und Opportunitätsprincipes, und es dürfte sich, um nicht eine neue Nomenclatur einzuführen, kaum vermeiden lassen, jene Namen für die entsprechenden Fragen der Strafpflicht im Verwaltungsrechte beizubehalten.

Dennoch muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass sich die Probleme auf diesen beiden Gebieten keineswegs vollständig decken, wie die folgende Erörterung zeigen soll.

Mit dem Verschwinden des alten inquisitorischen Processes und dem Auftreten des öffentlichen Anklägers in der Person eines vom Richter unabhängigen Staatsanwaltes hat die Frage im modernen Strafprocesse eine Wendung genommen, die sich ausschliesslich mit der Stellung des öffentlichen Anklägers beschäftigt.

Während noch Glaser in seiner Schrift über „Das Princip der Strafverfolgung" im Jahre 1860 von der Vorfrage ausgeht, wie weit die Pflicht des Richters des alten Inquisitionsprocesses reiche, ob er verpflichtet sei, jeder Spur nachzufolgen, bis ein spruchreifes Resultat sich ergebe, beschäftigt sich die neuere Literatur ausschliesslich mit der Frage, wie weit die Einstellungsbefugniss des Staatsanwaltes gehe, und wie weit die „Leitung" der dem Staatsanwalte übergeordneten Behörden processhindernd eingreifen könne.

Der Grund für diese Beschränkung liegt vornehmlich in der gesonderten Stellung, welche die Organe der Finanzverwaltung bezüglich der Handhabung ihrer Strafverwaltung einnehmen. Hier hat eine auf fiscalischen Gesichtspunkten beruhende positive Gesetzgebung eine Strafpflicht aus Gründen angeordnet, welche für die übrigen Verwaltungszweige nicht zutreffen, und eine Nachsicht aus fiscalischen Gründen gelegentlich eintreten lassen, die gleichfalls keine analoge Anwendung auf andere Verwaltungszweige gestattet. Daher schien es mir wünschenswerth, Untersuchungen anzustellen, welche sich ausschliesslich auf das Gebiet der inneren Verwaltung i. e. S. beziehen, und diese Darstellung beschränkt sich mit Absicht auf die polit. Behörden, unter welchen die österr. Gesetzgebung die Bezirksbehörden I. Instanz (Bezirkshauptmannschaften, Statutargemeinden und l. f. Polizeidirectionen), sowie die ihnen übergeordneten Landesstellen und das Ministerium des Innern versteht. In diesem eingeschränkten Sinne sind denn auch im folgenden die Bezeichnungen: Verwaltungsverfahren, Verwaltungsbehörde etc. aufzufassen.

Digitized by Google

Die Stellung des Richters hingegen ist nicht mehr das Streitobject für die Frage des Opportunitäts- oder Legalitätsprincipes im modernen Processe. Er kann nicht inquiriren und nicht urtheilen, wenn der vom Gesetze legitimirte Kläger seine Thätigkeit nicht anruft, und umgekehrt, er kann seinen richterlichen Spruch nicht verweigern, wenn jener es verlangt — es fragt sich demnach nur darum, inwiefern der Kläger zurücktreten und ablassen darf.

Für den Verwaltungsprocess jedoch, wo kein öffentlicher Kläger dem Urtheilenden gegenübersteht, wo dieselbe Person (oder doch dieselbe Behörde) es ist, welche die ersten Untersuchungen zu pflegen und das Urtheil zu fällen hat, steht die Frage noch in jener Ursprünglichkeit da, die sie vor dem gerichtlichen Forum einst hatte, — noch nicht aufgelöst nach Competenzen verschiedener Organe desselben Staates.

Hier beschäftigt uns demnach noch immer die Frage, was der Urtheilende selbst zu thun hat; nicht nur, wie weit er in der Untersuchung zu gehen hat, wo er Halt machen darf bei der Erforschung der Spuren der That, sondern auch, ob er unbedingt das Urtheil fällen muss, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, oder aber, ob er sich der Urtheilsfällung ganz enthalten darf aus Gründen, von denen das Gesetz keine Erwähnung macht, also insbesondere, weil Erwägungen „höherer Ordnung" ihm eine Urtheilsfällung als dem Staatsinteresse zuwiderlaufend erscheinen lassen.

Wenn also hier die Frage des Legalitätsprincipes für das Verwaltungsstrafverfahren aufgeworfen wird, so bedeutet sie weit mehr als die analoge Frage im gerichtlichen Strafprocesse, nämlich: ob der Strafbeamte stets dann das Straferkenntniss fällen muss, wenn alle thatsächlichen Prämissen für dasselbe gegeben sind, der strafbare Thatbestand in juristisch erkennbarer Form ihm vorliegt, oder aber, ob er auch in diesem Falle berechtigt sei, von der Bestrafung Umgang zu nehmen, des Urtheils sich zu enthalten, weil er zwar die Befugniss erhalten hat, zu strafen, nicht aber die Pflicht, dies zu thun.

Erst in zweiter Linie taucht jene Controverse auf, die im gerichtlichen Processe eine so grosse Rolle spielt: wie weit sich die Untersuchungs- und Verfolgungspflicht zu erstrecken habe, und wann hier innegehalten werden darf.

Digitized by Google

Verneint man das Vorhandensein der Strafpflicht der Verwaltungsbehörden in dem zuerst erwähnten Sinne, dann ist es nur consequent, dem Mittel zum Zwecke, der Verfolgung, die erst zur Strafe führen soll, keine grössere Bedeutung beizulegen als dem Zwecke selbst, und der Strafbehörde das Recht beizulegen, die Untersuchung dementsprechend ohneweiters einzustellen. Bejaht man jedoch die Strafpflicht, dann erst betritt man jenen Boden, auf dem im modernen Strafprocesse der Streit um Legalität und Opportunität ausgefochten wird.

III.

Wenn ich trotzdem nicht sofort auf den Kernpunkt der Sache, nämlich auf die Strafpflicht in dem vorhin bezeichneten engeren Sinne eingehe, sondern vorerst kurz die Frage der Verfolgungspflicht streife, so geschieht es, um gleich hier einer Auffassung zu begegnen, welche geeignet ist, die Frage der Strafpflicht der Verwaltungsbehörden wenigstens bei deren gegenwärtigen Organisation in Oesterreich von vornherein ad absurdum zu führen.

Schon Glaser[2]) macht darauf aufmerksam, dass die Theorie, welche aus dem Bestande des gemeinen deutschen Inquisitionsprocesses hervorgegangen ist, durch Consequenz dahin getrieben zu sein glaubte, dass sie Recht und Pflicht der Strafverfolgung als absolut identisch nahm, und in jedem einzelnen Falle, wo ein Strafgesetz übertreten ist, es als eine Pflicht hinstellte, dafür zu sorgen, dass die Bestrafung, wenn möglich, stattfinde, „woraus sich von selbst die weitere Folge ergab, dass überall, wo möglicherweise ein Verbrechen begangen sein kann, ein Criminalprocess bis zu voller Aufklärung des Sachverhaltes geführt werden muss".

Daran knüpft Glaser[2]) die eigene Betrachtung: „In der That konnte es gar nicht anders sein, so lange der Staatsgewalt nur ein Organ für die Strafrechtspflege zur Verfügung stand — der Criminalrichter. Für einen Richter müssen innerhalb der Sphäre seiner eigenen Thätigkeit allerdings Berechtigung und Verpflichtung in Eins zusammenfallen.

Er darf sich nur die Frage stellen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Thätigkeit vorhanden seien; ist dies der

[2]) S. 436 a. a. O.

Digitized by Google

Fall, so muss er auch einschreiten. Darin liegt aber auch der Keim der empfindlichsten Ueberspannungen und Uebertreibungen, zu denen der inquisitorische Process, für welchen es nur einen Richter und nichts als den Richter gibt, führte. So kam man — in der Theorie wenigstens — zu dem Satze, dass das Untersuchungsgericht jeder wie immer an dasselbe gelangenden Spur eines möglichen Verbrechens nachzugehen habe. Freilich scheiterte hier die Enormität der Anforderungen an der Unmöglichkeit der Ausführung."

Diese Auffassung würde, da im Verwaltungsstrafverfahren die Einheit des Organes der Strafpflege fortbesteht, die Folgerung nahelegen, dass auch hier dieses einheitliche Organ unausgesetzt jede Spur jedes Verwaltungsdelictes zu verfolgen habe, bis dieselbe spruchreif geworden ist. Wenigstens würden alle Grundsätze der Analogie zu dieser Folgerung hindrängen, und erst ein Gegenbeweis erforderlich sein, um das hier Angenommene dort aus anderweitigen Gründen als unrichtig zu verwerfen.

Damit wäre für das Verwaltungsverfahren das Legalitätsprincip in einer Schärfe vorhanden, wie es kaum ein noch so entschiedener Verfechter dieses Principes für das moderne Gerichtsverfahren fordern würde, und wie es auch kein neuer Strafprocess durchgeführt hat.

Natürlich würde sofort die „Enormität der Anforderung an der Unmöglichkeit der Ausführung scheitern" — und dies um so gründlicher, als auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes die Zahl der Strafnormen und der Delicte unverhältnissmässig grösser ist als auf jenem des Strafrechtes.

Indem also die obige Auffassung dem Legalitätsprincipe eine mächtige theoretische Stütze bietet, vernichtet sie dasselbe in der Praxis, weil sie dem einheitlichen Organe für Strafverfolgung und Strafurtheil eine unerfüllbare Aufgabe zumuthet.

Allein dieser aus der „Einheit" des Organes gezogenen Forderung vermag ich mich überhaupt nicht anzuschliessen.

Wenn es auch richtig ist, dass, was beim Gegenüberstehen der beiden Personen des Richters und des Anklägers als ein äusserlich getrennter Vorgang erscheint, bei dem einen vorhandenen Organe nur ein innerer psychologischer Vorgang ist, — wenn es auch ferner richtig ist, dass sich bei diesem einen Organe äusserlich kaum erkennen lässt, ob dasselbe deshalb zu einem

Digitized by Google

Straferkenntnisse nicht gelangt, weil seine Erhebungen an einen todten Punkt gelangt sind, oder weil es sich von der Unschuld des Beschuldigten überzeugt hat: so lässt sich doch nicht verkennen, dass dies begrifflich verschiedene Dinge sind. Nur diese begrifflich bereits vorhandene Scheidung hat es ja ermöglicht, die Begriffe des untersuchenden, verfolgenden und urtheilenden Organes in verschiedenen Personen zu substantiiren.

Wenn aber nach erfolgter Gegenüberstellung der Personen es möglich erscheint, Untersuchungen nur bis zu einem bestimmten von Aussicht begleiteten Punkte zu führen, dann aber sie fallen zu lassen, ohne dass damit das Wesen der Strafverfolgung vernichtet wird, — dann muss es auch möglich sein, die in einer Person vereinigte Thätigkeit in gewissen Grenzen walten zu lassen, ohne damit den Vorwurf der Inconsequenz zu erdulden. Mit anderen Worten, die Vereinigung des untersuchenden, verfolgenden und urtheilenden Organes in einer Person macht deshalb allein die Aufgabe derselben noch nicht zu einer unerfüllbaren.

Freilich, nichts hindert uns, die Forderung der unbedingten und uneingeschränkten Strafverfolgung bis zur Spruchreife als eine Consequenz des reinen und ungetrübten Legalitätsprincipes aufzustellen und dieselbe mit dem „Zusammenfallen der Berechtigung und Verpflichtung innerhalb der Thätigkeitssphäre“ [8]) der öffentlichen Organe zu begründen, aber unrichtig wäre es, diese Forderung begrifflich aus der Einheit des Straforganes abzuleiten und sie durch die Zerlegung seiner Functionen in verschiedene Personen als beseitigt anzusehen.

Und weiters, wenn es bei der Scheidung von Richter und Kläger möglich ist, von dem Vorhandensein des Legalitätsprincipes zu sprechen, bei gleichzeitigem Fallenlassen der als absurd hingestellten Forderung einer grenzenlosen Verfolgungsthätigkeit, dann muss das Gleiche auch bei Personeneinheit möglich sein.

Demnach lässt sich die Frage des Legalitätsprincipes im Verwaltungsstrafverfahren, soweit es sich um die dem Urtheile vorausgehende Untersuchung handelt, folgendermassen formuliren:

Besteht für die politischen Strafbehörden eine Verfolgungspflicht, d. i. die Pflicht, den Verwaltungsdelicten bis zu jener

[8]) Vide Glaser, a. a. O.

Digitized by Google

vernünftigen Grenze nachzuforschen, welche im Strafprocesse den Straferhebungsbehörden gezogen ist? Verfolgungspflicht bedeutet demnach von vornherein keineswegs die Pflicht des unbedingten Nachforschens jeder Spur, bis dieselbe zu einem Urtheilsspruche reif ist, sondern Nachforschen bis zur vernünftigen Grenze.

Das Gegentheil der Verfolgungspflicht wäre die vom Gesetze gestattete Indulgenz, vorhandene Spuren trotz des voraussichtlichen Erfolges fallen zu lassen — sei es aus was immer für Gründen, deren letzter der wäre, dass die Behörden überhaupt nicht strafen und infolgedessen noch weniger verfolgen müssen, weil sie zwar die Macht, nicht aber die Pflicht zu strafen haben.

Mit dieser Formulirung schliesst sich die Frage der Verfolgungspflicht ganz organisch an die bereits erörterte Frage der Strafpflicht an und theilt ihr Schicksal.

Legalität in diesem Sinne bedeutet daher wiederum nichts anderes als Ausführung der Strafbestimmungen — Opportunität gelegentliche Nichtanwendung derselben.

Kehren wir nun zum Ausgangspunkte der Untersuchung zurück. Die Frage der Strafpflicht im engeren Sinne kann für den gerichtlichen Strafprocess als erledigt betrachtet werden. Hier würde es einen offenbaren Rechtsbruch bedeuten, wenn der Richter den juristisch aufrecht zu erledigenden Strafantrag des Staatsanwaltes abweisen, das Urtheil verweigern oder einen Freispruch fällen würde, während die juristische Ueberlegung ein Strafurtheil verlangt.

Ein Staatswesen, welches diesen Gedanken der Strafpflicht für die gerichtlichen Delicte ausgesprochen hat, leistet der Anforderung eines möglichst gesetzmässigen und gleichmässigen Vorgehens bezüglich eines Theiles seiner Organe genüge und nähert sich hiedurch dem Ideale des Rechtsstaates. Es frägt sich nun, ob derselbe Staat, nachdem er dieses Princip für gerichtliche Strafen anerkannt hat, dasselbe auf dem Verwaltungsgebiete in seinen einfachsten Erscheinungen als Strafpflicht des zutage liegenden Delictes ablehnen kann, ohne sich einer groben Inconsequenz schuldig zu machen und von der erreichten Höhe sittlicher Anschauung wieder herabzusteigen?

Eine derartig verschiedene Behandlung zweier ähnlicher Probleme liesse sich vollständig rechtfertigen aus zwei Gesichts-

Digitized by Google

punkten: entweder aus logischen Gründen oder aus Nützlichkeitserwägungen: aus logischen Gründen, indem nachgewiesen wird, dass der Begriff der Verwaltung und speciell die Natur der Verwaltungsstrafe eine solche Strafpflicht ausschliessen; oder aus Nützlichkeitsgründen der verschiedensten Art, die, um ausschlaggebend zu sein, nur eine Eigenschaft besitzen müssten, nämlich die, hinreichend stark zu sein.

Um ein unklares Raisonnement zu vermeiden, seien im folgenden beide Gesichtspunkte möglichst scharf geschieden.

IV.

Was vor allem den Begriff der Verwaltung betrifft, so finden wir in den Lehrbüchern des Verwaltungsrechtes häufig den Satz: „Verwaltung ist Handeln innerhalb der gesetzlichen Schranken; sie ist freie Thätigkeit zur Erreichung staatlicher Zwecke, die durch das Gesetz ihre äusseren Schranken erhält."

Daraus liesse sich freilich nicht unschwer folgern, dass von einem Legalitätsprincipe überhaupt in Verwaltungsstrafangelegenheiten nicht die Rede sein könne.

Denn wenn die Gesetze wirklich nur die äusseren Grenzen abstecken, innerhalb deren sich die Verwaltungsthätigkeit frei nach Zweckmässigkeitsgründen bewegen kann, wenn sie lediglich die Ermächtigungen gewähren, von denen die Verwaltungsbehörden je nach Umständen ihrer „höheren" Einsicht gemäss Gebrauch machen können oder nicht, dann ergibt sich aus einem so construirten Begriffe der Verwaltung mit Leichtigkeit die Folgerung, dass auch die Verwaltungsstrafbestimmungen nichts anderes sein können als Ermächtigungen für die Behörde, deren sie sich nach Bedarf bedienen können, ohne es zu müssen.

Allein man findet mit dieser Begriffsabgrenzung der Verwaltungsthätigkeit keineswegs das Auslangen. Ein Blick in die Fülle der Verwaltungsgesetze zeigt, dass gerade jene Bestimmungen sehr zahlreich sind, durch welche die Behörden keineswegs blos ermächtigt, sondern stricte aufgefordert werden, sich in bestimmter Richtung zu bethätigen. Auf allen möglichen Verwaltungsgebieten finden sich diese nicht misszuverstehenden Befehle.

Digitized by Google

Von allen jenen Gesetzesbestimmungen ganz abgesehen, in welchen den Behörden *expressis verbis* bestimmte Handlungen vorgeschrieben werden, gehören hieher auch zahlreiche Einrichtungen, welche, aus der Initiative der Regierung hervorgehend, in Gesetzesform anbefohlen wurden.

Wenn ein Gesetz die Regulirung eines Flusses, die Errichtung von Markenregistrirämtern, die Bestellung von Gewerbe-Inspectoren etc. etc. anordnet, so liegt darin mehr als die blosse Erlaubniss für die Behörden, derartige Einrichtungen zu treffen; es entsteht eine Pflicht, für deren Unterlassung die Behörde ebenso verantwortlich wird wie für Gesetzesverletzungen anderer Art.

Damit stimmt es vollkommen überein, dass das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt die Verantwortlichkeit der höchsten Verwaltungsbeamten ausspricht, für „alle ihnen innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises zur Last fallenden Handlungen oder Unterlassungen, wodurch sie ..... ein Gesetz verletzen".

Es bestehen eben neben den reinen Ermächtigungsgesetzen auch die Behörde zwingende Verwaltungsvorschriften; man darf daher keineswegs aus dem Begriffe der Verwaltung ohneweiters die Folgerung ziehen, dass dieser Begriff selbst eine Pflicht der Behörden gegebenen Falles strafweise vorzugehen ausschliesse; im Gegentheile, mit diesem Begriffe und mit der rechtlichen Stellung der Verwaltungsbehörden ist es ganz wohl vereinbar, dass der letzteren eine Strafpflicht obliege.

Damit soll keineswegs geleugnet werden, dass sich unter den Verwaltungsstrafnormen, ebenso wie unter den Verwaltungsnormen überhaupt, auch solche befinden, die ihrer inneren Natur nach von vornherein als reine Ermächtigungsdecrete aufzufassen sind.

Aber diese zweifellos in das Ermessen der Behörden gestellten Strafnormen bilden speciell in der österreichischen Gesetzgebung eine verschwindend kleine Gruppe, die sich von allen übrigen Verwaltungsstrafnormen abheben und in einen Sonderbegriff zusammenfassen lässt.

Während nämlich durch die weitaus zahlreichsten Verwaltungsgesetze die Behörden in ganz analoger Weise wie die Gerichte angewiesen werden, einen vollendeten Thatbestand unter

Digitized by Google

die Strafnorm zu subsumiren und dann die im Gesetze vorgesehene Schlussfolgerung zu ziehen, kommt ihnen ausserdem in manchen Fällen die Aufgabe zu, eine noch nicht gesetzte Thathandlung zu verhindern, und zu letzterem Zwecke wird ihnen ausser anderen Mitteln manchmal auch eine Strafgewalt gegeben.

Hierauf beruht die Eintheilung der politischen Strafen in eigentliche und in Zwangsstrafen; das Ziel der Zwangsstrafe liegt in der Zukunft; sie soll den präventiven Zwecken der Polizei dienen. Was sie erzwecken soll, kann möglicherweise ohne die letzte Kraftaufwendung, die Verhängung des Strafübels erreicht werden, kann eingetreten sein, bevor die Strafe verhängt wurde. Wenn auch in einem bestimmten Zeitpunkte alle Voraussetzungen gegeben wären, sie auszusprechen, so können doch diese Voraussetzungen nachträglich wieder verschwinden, der Ungehorsam beseitigt sein, bevor sie verhängt wurde; sie wird entbehrlich, ja noch mehr, sie wird zwecklos.

Gerade die Frage, auf die es hier ankommt, ob das Straforgan die Strafe verhängen müsse, oder ob diese Strafe als ein Machtmittel den Behörden in die Hand gegeben wurde, dessen sie sich zur Erreichung bestimmter Zwecke bedienen können, ohne es zu müssen, beantwortet sich aus der Natur der Zwangsstrafe von selbst im letzteren Sinne.

Da die Zwangsstrafe dem präventiven Charakter der polizeilichen Thätigkeit jedenfalls am ehesten entspricht, so liesse sich theoretisch die Scheidung zwischen gerichtlicher und polizeilicher Strafthätigkeit von diesem Gesichtspunkte gewiss rechtfertigen; dann wäre die Lösung unserer Frage von der Strafpflicht eine sehr einfache.

Thatsächlich ist aber diese theoretische Scheidung unserer Gesetzgebung in doppelter Richtung fremd, indem einerseits ein grosser, ja der grössere Theil auch der polizeilichen Thätigkeit die nachträgliche Sühnung begangener Delicte umfasst, andererseits die Gerichte — wenn auch seltener — Zwangsstrafen zu verhängen ermächtigt sind.

Damit wäre die Frage der Strafpflicht der politischen Behörden allerdings zum Theil beantwortet, nämlich bezüglich der Zwangsstrafen. Hier kann dieselbe ohneweiters verneint werden. Allein diese Erwägungen sind unanwendbar für alle sonstigen

Digitized by Google

Polizeistrafen, und gerade diese zeigen eine grössere Verwandtschaft mit den gerichtlicher Strafen. Wie bereits angedeutet wurde, bewegt sich die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden bei Verhängung der letzteren — in der Praxis weitaus überwiegenden — Kategorie genau in denselben logischen Formen, wie jene der Gerichte bei Ausübung ihrer Strafthätigkeit.

Der logische Process des Urtheilens, der Subsumtion eines als feststehend erkannten Thatbestandes unter eine bereits vorhandene Strafnorm wird vorgenommen. Damit stimmt es vollkommen zusammen, dass die einzelnen Gesetze, ganz gleichgiltig ob sie von gerichtlichen oder polizeilichen Delicten handeln, sich genau derselben Ausdrücke bedienen, um die Strafthätigkeit der betreffenden Straforgane anzuregen. Es ist kein blosser Zufall, dass die in beiden Fällen immer wiederkehrenden Ausdrücke ganz gleichmässig lauten: „wer dies und jenes gethan, unterlassen hat, ist so und so zu strafen, verfällt in diese Strafe; die Behörden haben zu strafen . . . . .“ Es ist vielmehr der naturgemässe Ausdruck dafür, dass eben jene urtheilende Behördenthätigkeit logisch betrachtet die gleiche ist. Wer trotzdem in der gleichlautenden Anweisung des Gesetzes das einemal, soferne sie an die Gerichte ergeht, einen Imperativ, in dem anderen Falle, sofern sie an die politischen Behörden ergeht, eine blosse Ermächtigung erblicken will, geht leichten Herzens über grosse Bedenken hinweg — doppelt gross, weil, wie bereits gezeigt wurde, aus dem Wesen der Verwaltung eine Unterscheidung dieser Art nicht gefolgert werden dürfte.

V.

Vielleicht aber lassen sich, wenn schon nicht aus dem Begriffe der Verwaltung, so doch aus der Natur der Verwaltungsdelicte specifische Differenzirungsausdrücke herausfinden, die für unsere Frage von Belang sind?

1. Das Strafgesetz — so könnte man vor allem argumentiren — schützt die sittlichen Grundlagen der menschlichen Gemeinschaft, und die gestörte sittliche Ordnung darf nicht ungesühnt bleiben; anders bei Verwaltungsdelicten; hier wird unser sittliches Gefühl nicht verletzt; es handelt sich um die Erhaltung einer mehr äusserlichen Ordnung; daher unser ethisches

Digitized by Google

Bewusstsein dort Strafe fordert, hier aber dieser Frage gegenüber gleichgiltig bleibt, ergo entspricht das Legalitätsprincip dem gerichtlichen Strafverfahren, dem politischen hingegen nicht!

Gegen diese Argumentation lässt sich jedoch vieles einwenden. Vor allem, dass ihre Voraussetzungen, an unseren positiven materiellen Gesetzen gemessen, falsch sind.

Die Gesammtheit der strafrechtlich zu verfolgenden Delicte deckt sich bekanntlich nicht mit dem Begriffe des sittlichen Unrechtes, und ebenso ist es unrichtig, dass die politischen Strafnormen nur sittlich indifferente Bethätigungen treffen.

Viele im Strafgesetze schwer verpönte Delicte mögen dem Ethiker als leichte Verstösse erscheinen, manche vielleicht als sittlich belanglose, unter Umständen sogar als lobenswerthe Aeusserungen eines sittlich hochstehenden Individuums, während umgekehrt viele sittlich schwer verwerfliche Handlungen und Unterlassungen dem Polizeistrafrechte überwiesen sind.

Der Sittenlehrer wird vielleicht den Verbrecher nach §. 61 Str.-Ges., der es unterlassen hat, seinen Busenfreund wegen einer hochverrätherischen Vertrauensmittheilung in den Kerker zu bringen, milder beurtheilen als den rachsüchtigen Dienstboten, der das politisch strafbare Delict der Treulosigkeit gegen den Dienstherrn begangen hat.

Es wäre aber unrichtig, derartige „Incongruenzen“ unseres sittlichen Gefühles mit den positiven Gesetzen als Ausnahmsfälle hinzustellen, die nur der Schwäche staatlicher Institutionen entspringen, und die bei einer „besseren“ Gesetzgebung vermieden werden konnten. Denn der Staat ist nun einmal keine Institution zur Verwirklichung der reinen Ethik, wie etwa im Mittelalter der der Kirche dienende Staat aufgefasst wurde.

Daher ist es auch nicht eine zufällige Ausnahme, wenn hie und da strafgesetzliche Bestimmungen nicht im vollen Einklange mit unseren sittlichen Ueberzeugungen sich befinden, sondern es ergibt sich dies aus der Natur der Sache.

Wenn aber einmal zugegeben ist, dass die vom Staate vorgenommene Aufstellung und Scheidung der Delicte nicht aus rein ethischen Principien erfolgt, dann ist auch vom rein logischen Standpunkte die Schlussfolgerung hinfällig, dass die vom Staate als schwere bezeichneten Delicte aus ethischen Gründen verfolgt

Digitized by Google

werden müssen, die anderen als ethisch minder belangreich eventuell unverfolgt bleiben können.

2. Der Natur des gerichtlichen Delictes — so könnte man weiters argumentiren — entspricht es, dass dasselbe die vom Gesetze geschützten Rechtsgüter unmittelbar angreift; das Verwaltungsdelict gefährde sie nur mittelbar — hier würde die polizeiliche Satzung angegriffen, die ihrerseits erst wieder das Rechtsgut schützen soll. Daher müsse für das verletzte Rechtsgut unmittelbar Sühne gefordert werden; für die verletzte Schutznorm genüge es, wenn lediglich die Möglichkeit einer solchen Sühne gesichert sei. Allein schon diese Voraussetzung erweist sich als falsch. Es soll gar nicht untersucht werden, ob wirklich bei allen Verbrechen ein unmittelbarer Angriff auf Rechtsgüter erfolgt; sicher ist, dass die im II. Theil des österreichischen Strafgesetzes behandelten Vergehen und Uebertretungen zum grossen Theile unter den obigen Begriff des Verwaltungsdelictes fallen würden.

Andererseits werden durch zahlreiche politische Delicte unmittelbare Angriffe auf Rechtsgüter begangen (Beispiele im Forstgesetz, Jagd-, Strassen- und Bauordnungen etc.). Die Unterscheidung, wonach bei gerichtlichen Delicten unmittelbare Rechtsgüter angegriffen werden, bei Verwaltungsdelicten nicht, trifft also nach unserem Rechte überhaupt nicht zu und damit entfällt die Folgerung, dass aus diesem Grunde bei den einen das Legalitätsprincip, bei den anderen das Opportunitätsprincip Anwendung finden müsse.

3. Aehnlich verhält es sich mit einer anderen Unterscheidung, die sich darauf gründet, dass bei den gerichtlichen Delicten unmittelbar das Gesetz die Strafnorm ausspricht, bei den anderen die Strafnorm von den Verwaltungsbehörden gesetzt wird, das Delict demnach in einem Falle also eine unmittelbare Gesetzesverletzung bedeutet, im anderen Falle eine Ueberschreitung eines blossen Verwaltungsbefehles. Auch diese Unterscheidung ist nicht durchgreifender Art. Wenn auch in der Mehrzahl der gerichtlichen Fälle zutreffend, so entstehen doch zahlreiche gerichtlich zu verfolgende Delicte aus Uebertretungen politischer Normen (z. B. über Maulkorbzwang der Hunde) und andererseits beruht die Mehrheit der politisch zu ahndenden Delicte auf unmittelbaren Gesetzesübertretungen.

Digitized by Google

Dazu kommt noch, dass im Rechtsstaate auch die politischen Behörden zur Erlassung von Strafnormen stets einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfen und also in letzter Linie hinter beiden Strafarten die Autorität des Gesetzes steht.

4. Da drängt sich wohl die Frage auf, welches sind denn die wirklichen Motive, die den Gesetzgeber veranlasst haben, einen Theil der Strafen dieser, einen anderen Theil jener Competenz zuzuweisen, und lassen sich aus diesen Motiven nicht etwa Folgerungen für unser Problem ziehen? Die Beantwortung dieser Frage bereitet grosse Schwierigkeiten, vor allem weil dem Strafgesetzbuche kein halbwegs einheitliches Polizeistrafrecht gegenübersteht, das gemeinsame Motive errathen liesse, sondern zahllose Einzelgesetze zu verschiedenen Zeiten polizeiliche Normen von ganz wechselnden Anschauungen ausgehend geschaffen haben.

Rücksichten verschiedenster, zum Theil untergeordneter Art lassen sich nachweisen, die für den Gesetzgeber bestimmend waren, die polizeiliche Competenz festzustellen, wie die bequeme Verbindung des Strafverfahrens mit anderer, dieselbe Materie betreffender Verwaltungsthätigkeit, Rücksicht auf die grössere Formlosigkeit des politischen Verfahrens, die mit demselben verbundenen geringeren Kosten und Weitläufigkeiten — Momente, die von durchschlagender Bedeutung für die Lösung unserer Frage kaum sein können.

Wie wenig die Gesetzgebung hiebei von grossen und einheitlichen Principien geleitet war, zeigt wohl am besten die Thatsache, dass den politischen Behörden zeitweise neben ihrer sonstigen Strafcompetenz die Bestrafung der minderen Delicte des Strafgesetzes summarisch übertragen und dann wieder abgenommen wurde.

Wurde doch in Oesterreich die Bestrafung von Uebertretungen in verschiedenen Verordnungen der Jahre 1854, 1858 und 1862 den Gerichten abgenommen und politischen Behörden übertragen und bei Einführung der Strafprocessordnung des Jahres 1873 wieder derselbe materielle Gesetzesinhalt der competenten Judicatur der Gerichte übergeben.

Der materielle Rechtsinhalt der Strafnorm erhielt durch diese Wandlungen keine Aenderung, und niemand wird behaupten wollen, dass die Urtheile über diese Delicte in den Jahren 1855 bis 1873 keine Strafurtheile gewesen seien.

Digitized by Google

5. Trotz alledem lässt sich ein Leitmotiv erkennen, welches für die wirklich vorgenommene Trennung von gerichtlichen und polizeilichen Strafen bei allem Wechsel der Anschauungen von Belang war und der Natur der Sache entspricht: es ist der Gedanke der Geringfügigkeit der polizeilichen Delicte vom Standpunkte der staatlichen Auffassung, die, wie erwähnt wurde, keineswegs mit den Principien der Moral übereinstimmen muss.

Dieses Leitmotiv ist deutlich erkennbar aus den relativ geringeren Strafsätzen, mit welchen polizeiliche Delicte in der Regel der Fälle bedroht sind. Wenn auch gelegentlich ganz ausnahmsweise höhere Polizeistrafen eintreten (so in der Bauordnung, in der Gewerbeordnung, insbesondere in jener Gewerbenovelle, welche die unbefugte Ausübung des Baumeistergewerbes mit Strafen bis zu 2000 Gulden bedenkt u. a. m.), so liegen hiefür ganz specifische Gründe vor, und es gilt doch im allgemeinen der in den Ministerialverordnungen vom 20. April 1854 (R.-G.-Bl. Nr. 96) und vom 30. September 1857 (R.-G.-Bl. Nr. 198) ausgesprochene Grundsatz, „dass nie eine höhere Strafe verhängt werden darf als diejenige, welche die niedrigste sein würde, wenn die That die Eigenschaft eines Vergehens oder einer Uebertretung ähnlicher Art im Sinne des allgemeinen Strafgesetzes erlangt hätte".

Hier also könnte der wirksamste Hebel eingesetzt werden, um die Strafpflicht zu negiren. Vom rein logischen Gesichtspunkte betrachtet, lässt sich allerdings aus der Geringfügigkeit eines Delictes nur eine graduell verschiedene Anwendung von Strafmitteln zu ihrer Bekämpfung folgern — das geringere Delict ist minder, das schwerere strenger zu bestrafen.

Allein hier bietet sich der willkommene Uebergang zur Würdigung der für unsere Frage in Betracht kommenden Nützlichkeitsmomente.

VI.

Die bisherige Auseinandersetzung hat gezeigt, dass, wenn man von der Zwangsstrafe absieht, logisch zwingende Gründe nicht bestehen, die Strafpflicht beim polizeilichen Strafverfahren auszuschliessen; weder aus dem Wesen der Verwaltung, noch

Digitized by Google

aus der Natur des Verwaltungsdelictes ergab sich eine derartige Nothwendigkeit.

Dagegen haben diese Untersuchungen es nahegelegt, die Frage von einem anderen Gesichtspunkte zu betrachten, nämlich von jenem der Utilität.

Freilich begibt man sich bei dem Versuche, politische Nützlichkeitsmomente gegeneinander abzuwägen, naturgemäss auf ein sehr schwankendes Gebiet; allein einen gewichtigen Haltepunkt gewährt doch die Thatsache, dass das Legalitätsprincip sich im gerichtlichen Processe eine gewisse Anerkennung errungen hat, so dass eine Untersuchung *ab ovo* über die Berechtigung dieses Principes entfallen kann. Da der Staat sich bereits in einem grossen Gebiete seiner Thätigkeit auf ein bestimmtes Niveau des Rechtsbewusstseins erhoben hat, so genügt eine vergleichende Betrachtung, um festzustellen, ob die Nützlichkeitsgründe hinreichend starker Art sind, um den dort ausgesprochenen Grundsatz hier zu verlassen.

Versuchen wir es, die vornehmlich in Betracht kommenden Utilitätsgründe auf ihre Stichhaltigkeit in der vorliegenden Frage zu prüfen.

1. Gerade die zuletzt behandelte Geringfügigkeit der Verwaltungsdelicte gestattet, der rein praktischen Erwägung Raum zu geben, dass der Staat auch ein weit geringeres thatsächliches Interesse daran habe, dass diese geringen Delicte mit gleichem Eifer verfolgt werden wie die grösseren. Dennoch darf nicht ausseracht gelassen werden, dass auch Erwägungen entgegengesetzter Art manches für sich haben. Es ist nämlich unleugbar sehr tief im Staatsinteresse begründet, dass die zahlreichen Versuchungen zur Begehung minderer Verstösse zurückgedrängt werden; gerade ihr Ueberhandnehmen ist, wenn sie nicht consequent hintangehalten werden, weit eher zu befürchten, als das Umsichgreifen der in einem geordneten Staatswesen ohnedies weit seltener sich ereignenden schweren Verstösse.

Das bekannte Schulbeispiel, dass in einem antiken Strafgesetze vergessen wurde, auf das Delict des Vatermordes eine Strafe zu setzen, wird oft genug zum Beweise herangezogen, um zu zeigen, dass die Strafrechtspflege der Normirung der schwersten Delicte gelegentlich eher entbehren kann als jener der minderen; und was hier von der Aufstellung der Normen

Digitized by Google

gesagt wurde, gilt gewiss in weit höherem Masse von ihrer Anwendung.

Wie Unkraut, das nicht überall auf Schritt und Tritt verfolgt wird, allerorten sich verstohlen ansetzt, bis es mit der Zeit unausrottbar geworden, so haben die kleinen Unarten der Bevölkerung leicht die Tendenz, zu einer unvertilgbaren Gewohnheit zu werden; einmal geduldet, schiessen diese minderen Delicte üppig empor, und eine Verwaltung, die mit einer solchen eingelebten Gewohnheit nachträglich den Kampf aufnehmen will, ladet den Vorwurf ungeahnter Härte, Kleinlichkeit und Chikane auf sich, so dass sie vielleicht selbst den zu spät begonnenen Kampf aufgibt.

So gerne demnach zugegeben wird, dass die Minderwerthigkeit dieser Delicte ein schwerwiegendes — vielleicht das schwerwiegendste — Argument gegen die Aufstellung der Strafpflicht in Verwaltungssachen bildet, so glaube ich dennoch, dass selbst diesem Argumente gegenüber die Forderung nicht ohneweiters von der Hand gewiesen werden sollte, derartige Delicte dort, wo sie offen zu Tage liegen, consequent zu verfolgen.

Betrachten wir die Sache etwas näher. Auf der einen Seite ist es die Rücksichtnahme gegen die Bevölkerung, welche nicht zu sehr durch polizeiliche Strafen belästigt werden soll, auf der anderen Seite die Rücksicht auf die Behörden, deren Thätigkeit nicht zu sehr mit Lappalien in Anspruch genommen werden soll. In diese beide Elemente lässt sich das Gefühl, welches gegen die Strafpflicht spricht, wohl zerlegen.

Aber gerade diese beiden Erwägungen führen in letzter Linie zu ganz anderen Consequenzen, als die Aufhebung der Strafpflicht es ist, wie sogleich gezeigt werden soll.

Wenn eine entsprechende Rücksichtnahme auf die Bevölkerung verlangt, dass diese nicht zu sehr durch polizeiliche Strafen belästigt werden soll, so kann dies doch nur den Sinn haben, dass man annimmt, es werde nicht nothwendig sein, die betreffenden Rechtsgüter sofort durch Anwendung der Strafgewalt zu schützen; es dürfte vielmehr das gleiche Ziel auf anderem, minder empfindlichem Wege erreicht werden.

Denn in jenen Fällen, wo man eingestehen muss, dass Strafe doch das einzige Mittel bleibt, diese Rechtsgüter zu schützen, da steht man vor der Alternative, der Strafe ihren

Digitized by Google

Lauf zu lassen, oder diese Rechtsgüter ungeschützt zu lassen; sind aber diese Rechtsgüter die Strafe nicht einmal werth, dann wäre es ja besser, ihnen den Schutz zu versagen.

Mit anderen Worten: die obige Erwägung bildet eine ganz gerechtfertigte Kritik, nicht gegen die processuale Normirung der Strafpflicht, sondern gegen jene materiellen Acte der Gesetzgebung, die gleich mit Strafnormen vorgeht, wo dieselben nicht nöthig oder zu hart sind. Die Gesetzgebung möge es sich überlegen, alle möglichen Lappalien sogleich mit Strafe zu belegen, wenn es nachträglich als eine durch die Geringfügigkeit des geschützten Rechtsgutes nicht gerechtfertigte Härte erscheint, die angedrohte Strafe wirklich zu verhängen.

Dies ist das eine Postulat, welches aus unseren Erwägungen sich ergibt; das zweite ist das: es mögen entsprechend der minimalen unteren Grenze jener Rechtsgüter, die man doch schützen zu müssen glaubt, auch minimale untere Strafgrenzen geschaffen werden, beispielsweise der Verweis, der in unserem Verwaltungsstrafcodex nur ganz vereinzelt erwähnt wird, eine weit allgemeinere Rolle als erste Strafe bilden.

Ein drittes Postulat endlich, welches aus jenen Erwägungen sich ergibt, ist dieses, dass die Gesetzgebung die erziehliche Bedeutung der Zwangsstrafe, welche speciell bei uns so sehr verkannt und so wenig ausgebildet ist, in umfangreicherer Weise würdigen möge. Indem unsere Gesetzgebung irrigerweise dort Polizeistrafe dictirt, wo Zwangsstrafe am Platze wäre, ist die Frage gewiss berechtigt, warum gleich strafen, wenn man durch andere Mittel erziehen und so das gleiche Ziel erreichen kann?

Hat aber einmal der Gesetzgeber sich vergriffen und an Stelle der Zwangsstrafe Polizeistrafe normirt, an Stelle eines Verweises eine empfindlichere Strafe gesetzt, ein Rechtsgut unter Strafschutz gesetzt, welches dieses Schutzes nicht werth war — dann ist es eine keineswegs weise Massregel, die Correctur seines Missgriffes dem arbiträren Ermessen der Verwaltung zu überlassen.

Nicht viel anders verhält es sich mit der früher betonten Rücksicht auf die Verwaltungsbehörden, deren Thätigkeit nicht zu sehr mit untergeordneten Strafsachen in Anspruch genommen werden soll.

Digitized by Google

Gewiss ist, dass die Kraft dieser Behörden, denen zahlreiche anderweitige Aufgaben obliegen, leicht durch das Ueberhandnehmen ihrer Strafthätigkeit consumirt oder doch erschöpft werde; zugegeben, dass solche Verhältnisse vorliegen, so müssen sie zu einer Reihe von Vorschlägen führen, die mit unserer Frage zunächst nichts zu thun haben. Postulate ganz anderer Art ergeben sich daraus, wie entsprechende Vermehrung der Behörden oder ihres Personales, Oekonomie der Gesetzgebung bei Aufstellung strafbarer Thatbestände und vor allem Vereinfachung des Verfahrens.

Thatsächlich liesse sich in dieser Richtung durch die Einführung des Strafmandates, das gerade dort fehlt, wo es am einfachsten durchzuführen wäre, im Verwaltungs-Strafverfahren unendlich viel an Zeit und Kraft ersparen. Nur das gänzliche Stagniren der Gesetzgebungsthätigkeit auf dem Gebiete des Administrativverfahrens erklärt es, dass man sich seit 40 Jahren mit einigen in aller Eile verfertigten Ministerialverordnungen über Verwaltungsstrafverfahren aus den 50er Jahren behilft.

Die den Kern der Sache treffende Frage ist jedoch die, ob die Aufstellung des Principes der Strafpflicht einen wesentlichen Einfluss auf die Arbeitslast der Behörden ausübt? Ich glaube, man gibt sich einer grossen Täuschung hin, wenn man von der Aufstellung des Opportunitätsprincipes in dem hier besprochenen Sinne, wenn es sich nämlich darum handelt, den Schuldspruch verhängen zu müssen, oder aus Utilitätsrücksichten davon absehen zu dürfen, überhaupt eine Ersparniss an Arbeitskraft erwartet.

Im Gegentheile, das Opportunitätsprincip complicirt in diesem Falle die Entscheidung; es treten Erwägungen hinzu, die bei der einfachen logischen Subsumtion des Thatbestandes unter die Rechtsnorm gänzlich entfallen würden; Nützlichkeitsmomente, die bei gewissenhaftem Vorgehen Gegenstand neuerlicher Ueberlegung, wohl auch neuerlicher Erhebungen sind, und — wie von einem vorsichtigen Beamten nicht anders zu erwarten ist — auch schriftlich niedergelegt werden. [4])

[4]) Ganz anders läge der Fall, wenn es sich nur darum handeln würde, ob die politische Behörde jede Spur einer strafbaren Handlung bis zur Urtheilsreife verfolgen müsse oder nicht. Dass es sich bei unserer Untersuchung nicht um diese Frage handelt, sondern darum, ob die politischen Behörden vom Urtheil

Digitized by Google

2. Eine besondere Schwierigkeit scheint sich für die politischen Behörden dadurch zu ergeben, dass sie ja nicht gleich den Strafgerichten ausschliesslich Strafbehörden sind, sondern neben ihrer Strafthätigkeit mit der Bevölkerung in verschiedentlichen anderen Beziehungen zu verkehren haben, häufig im Wege des Verhandelns und des Zuredens ein dem öffentlichen Interesse erwünschtes Verhalten erzwecken und eventuell sogar über den gewöhnlichen Pflichtenkreis hinausgehende Leistungen zu gemeinnützigen Werken erreichen wollen.

Ein strafweises Vorgehen gegen Personen, auf deren guten Willen man ein anderes Mal angewiesen ist, wird — so könnte man argumentiren — leicht die Resultate solcher viel wichtigerer Verhandlungen vernichten! Darum scheine es zweckmässiger, den politischen Behörden die Fähigkeit einzuräumen, von Strafen „aus höheren Rücksichten" gelegentlich abzusehen, als ihnen die Handhabung der Strafgewalt zur unbedingten Pflicht zu machen.

Diese Erwägung *scheint* praktisch zu sein, in Wirklichkeit ist sie es nicht.

In Wirklichkeit ist die Position eines Bezirkshauptmannes oder Polizeidirectors eine viel gefestigtere, wenn er sich darauf berufen kann, das Gesetz mache es ihm zur Pflicht, die Strafe zu verhängen, als wenn ihm der Private entgegenhalten kann, es stehe ja in seinem Ermessen, hier eine Ausnahme eintreten zu lassen.

Gerade in diesem Falle fühlt sich der politische Beamte einflussreichen Personen und den Vertretern mächtiger oder energischer Corporationen gegenüber — und solche sind es ja, auf welche unsere Erwägung passt — in der Anwendung seiner Amtsthätigkeit gehemmt; er lädt ein Odium auf sich, welches beim stricten Legalitätsprincip ganz entfällt.

Oder liegt es vielleicht gar im „höheren" Staatsinteresse, Straffälle als gelegentliche Repressalien zu benützen zur Erreichung eines fügsamen und lobenswerthen Verhaltens bei anderen Gelegenheiten und so einen Zustand zu ermöglichen, der einer Erpressung im Sinne des Strafgesetzes oder einem Missbrauch der Amtsgewalt bedenklich sich nähert?

---

absehen dürfen, wenn das Delict ihnen plan vorliegt, wurde bereits früher, Seite 588, betont.

Digitized by Google

In weiterer Consequenz dieser Erwägungen kommen wir direct zu der Forderung, das Opportunitätsprincip nicht zu wünschen, sondern es geradezu zu perhorresciren.

Wenn ein gewisses Abhängigkeitsverhältniss der vom Staate angestellten politischen Functionäre gegenüber einflussreichen Personen und Corporationen schon dadurch entsteht, dass sie durch persönlichen Einfluss etwas „durchsetzen" sollen, um wie viel intensiver besteht dieses Abhängigkeitsverhältniss bei den gewählten politischen Functionären, (den Bürgermeistern), ihren Bezirks- und Stadtgrössen gegenüber! Hier wird es noch unendlich viel schwerer fallen, die öffentliche Autorität durch Handhabung der Strafgewalt aufrecht zu erhalten, falls dieser Strafverhängung nicht eine absolute bedingungslose Pflicht zugrunde liegt.

Noch weit precärer ist die Stellung der von einer Gemeinde angestellten Beamten, die ihre erste Bestellung zumeist dem Einflusse der „Mächtigen" in der Gemeinde oder deren Anhange verdanken und natürlich auch in ihrem Fortkommen von diesen abhängen.

Wie sollen diese in gedrückter Stellung befindlichen Organe auch den Muth finden, mit Strafanträgen hervorzutreten gegen ihre Gönner oder andere Gewaltige, wenn nicht der eiserne Zwang einer gesetzlichen Pflicht ihnen zur Seite steht. Und wenn man die Grossen nicht zu strafen wagt, welches Odium der Parteilichkeit lädt die Stadtverwaltung auf sich, die ihre Strafgewalt auf die „Kleinen" beschränken und concentriren muss!

Das Bild des Bürgermeisters, der hilfesuchend zur Staatsbehörde kommt und bittet: „Geben Sie mir einen Auftrag, damit ich den *N. N.* strafen muss, denn aus eigenem getraue ich mich nicht, meine Strafgewalt auszuüben" — dieses bekanntlich durchaus nicht seltene Bild ist wohl der beste Beweis dafür, dass Opportunitätsgründe stärkster Art es sind, die das Legalitätsprincip gerade für dieses Gebiet fordern.

Wem es also darum zu thun ist, die Stellung der politischen Behörden in den Augen der Bevölkerung zu heben, nicht sie zu untergraben, der muss gerade hier das Legalitätsprincip weit mehr als bei den Gerichten befürworten.

Die Thätigkeit des politischen Straforganes ist die eines Urtheilenden; er subsumirt einen strafbaren Thatbestand unter

Digitized by Google

eine Strafnorm und zieht daraus den Schluss, ob und welche Strafe zu verhängen sei. Man pflegt diese Thätigkeit eine richterliche zu nennen — gewiss mit Unrecht, da ja diese urtheilende Thätigkeit nicht von einem richterlichen Beamten vorgenommen wird. Dennoch liegt dieser irrigen Bezeichnung ein gesunder Gedanke zugrunde: Wer urtheilt, ist wie ein Richter. Und daran knüpft sich die natürliche Forderung: Er möge in diesem Augenblicke sein wie ein Richter, unabhängig wie dieser.

Das ist *communis opinio;* sie wird gewiss in der Bevölkerung wesentlich erschüttert, wenn man wahrnimmt, dass jener auch commandirt werden könne, nicht zu urtheilen. Und dies Befremden wird nur vermehrt durch den Umstand, dass hier kein Staatsanwalt zur Seite steht, der etwa seinen Antrag zurückzuziehen sich veranlasst sah, sondern dass der eine Beamte allein der Bevölkerung gegenübersteht. Wenn also letztere merkt, dieser Beamte könne commandirt werden, nicht zu urtheilen, wo alle Voraussetzungen für eine Verurtheilung gegeben sind, so ist der Verdacht naheliegend, er könne auch commandirt werden zu einem ungerecht verurtheilenden Erkenntnisse.

3. Aber die Verwaltungsbehörden sind nicht blos nach unten hin viel abhängiger als die Gerichte, sondern auch nach oben. Und auch diese Abhängigkeit spricht zu Gunsten des Legalitätsprincips.

Dass die grössere Abhängigkeit nach oben besteht, wird niemand leugnen; sie gehört zum System der Verwaltung; jede Einflussnahme von oben ist also viel leichter und wirksamer durchzuführen.

Gerade hier erscheint demnach ein kräftiges Gegengewicht nothwendig. Während bei der Behandlung gerichtlich zu ahndender Delicte die im Opportunitätsprincip liegende Gefahr sich zumeist darin erschöpft, dass in vereinzelten Fällen die Urtheilsfällung unterbleibt, ist im Administrativverfahren die Besorgniss naheliegend, dass in genereller Weise die Anwendung grösserer Gesetzescomplexe hintertrieben werde.

Ich will hier den Gedanken nicht ausführen, dass directer Dolus vorliege, um gesetzliche Bestimmungen, z. B. des Arbeiterschutzes, durch Lahmlegung der Verwaltungsstrafthätigkeit illusorisch zu machen — denn einem so corrupten Staatswesen

Digitized by Google

wäre überhaupt schwer zu helfen; es ist vielmehr ein anderer Gedanke, der weit grössere Beachtung verdient, weil er auch der wohlmeinendsten Regierung gegenüber in Betracht zu ziehen ist.

Das Opportunitätsprincip im gerichtlichen Verfahren wird zur Folge haben, dass gelegentlich einmal ein oder das andere derartige Delict ungesühnt bleibt; da die Begriffsbestimmung gerichtlicher Delicte sich im allgemeinen enge an unsere sittliche Ueberzeugung anlehnt, ist nicht anzunehmen, dass eine Regierung aus Opportunitätsrücksichten sich dauernd von der Verfolgung solcher das Sittlichkeitsgefühl verletzender Delicte entbunden erachten könne. Ganz anders steht die Sache bei Verwaltungsdelicten; hier spielt die ethische Ueberzeugung eine weit untergeordnetere Rolle; und den Häuptern einer zur Herrschaft gelangten politischen Partei mag der Gedanke naheliegen, dass es inopportun sei, die Uebertretung ganzer Kategorien von Vorschriften zur Verantwortung zu ziehen, wenn es sich um politische Gesetze handelt, welche dieser Partei als zwecklos, ja bedenklich erscheinen, und deren Abschaffung sie anstrebt.

Hier ist es also nicht niedrige Denkungsweise — also ein relativ seltener Factor —, sondern eine ethig ganz berechtigte Parteiüberzeugung, die nach Geltung ringt, und die, wenn sie auf das Opportunitätsprincip sich zu stützen vermag, in der einfachsten Weise alle ihr unbequemen Verwaltungsvorschriften, soweit sie durch Strafnormen geschützt sind, beseitigen kann.

Digitized by Google

XII.

Die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes.

Von

Dr. **Max Pollak.**

Die Zuständigkeitsvorschriften der Jurisdictionsnorm (dritter Abschnitt des ersten Theiles, zweiter und dritter Theil) beabsichtigen, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen erschöpfend zu regeln.[1]) Während aber die Bestimmungen des ersten Theiles, soweit sie nicht selbst ihre Wirksamkeit auf gewisse Gattungen von Gerichten beschränken[2]), eine allgemeine, auf alle Gerichte sich beziehende Einleitung zu den speciellen Normen des zweiten und dritten Theiles bilden, gelten diese letzteren zunächst nur für die Gerichte erster Instanz[3]); dies deshalb, weil mit der Ermittlung des zuständigen Gerichtes erster Instanz bereits nach §. 3 J. N. der Rechtszug fixirt ist, der Lauf der Rechtssache durch die höheren Instanzen daher keiner weiteren Regelung bedarf.[4])

Eine „Frage", wie die Unzuständigkeit eines Gerichtes höherer Instanz zu behandeln sei, sollte hienach logischerweise gar nicht entstehen, eine vor das unrichtige Gericht im Instanzen-

---

[1]) Vgl. §. 31, Abs. 1 der Regierungsvorlage, sowie die Erl. Bem. in den Mat., I, 49. Wo ausnahmsweise ein Gegenstand der J. N. in anderen Gesetzen geregelt ist, ist dies ausdrücklich bemerkt: §§. 35—38 E. O., sowie §§. 105 und 106 der Reg.-Vorl. zur J. N. Vgl. v. Schrutka, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung (1894), S. 6 und 31, und Demelius, Der neue Civilprocess (in der „Gerichtshalle", 1897), S. 83.

[2]) So §§. 32—35 und 48 J. N.

[3]) §. 2 J. N. Vgl. Schuster, Oesterreichisches Civilprocessrecht, 1. Auflage, S. 33.

[4]) S. Anm. 8.

Digitized by Google

zuge gelangte Rechtssache wäre in jeder Lage des Verfahrens an das zuständige Gericht (höherer Instanz) abzutreten.[5])

Der Strafprocess zieht diese Folgerung in der That, aber nur für das Berufungsverfahren in Uebertretungsfällen (§. 474 St. P. O.)[6]); wegen der Beschränkung und einfachen Ordnung des Instanzenzuges (§§. 13, 15, 16 St. P. O.), sowie der vorgeschriebenen officiosen Wahrnehmung des Gesetzes war eine anderweitige Vorsorge überflüssig. Der Civilprocess hingegen bildet den Rahmen zur Verfechtung privater Interessen, welcher nur gewisse, auf öffentlichen Rücksichten beruhende und daher von amtswegen wahrzunehmende Schranken gezogen sind[7]); er bindet daher Processacte des Gerichtes, die nur auf Parteiantrag zu erfolgen haben, an bestimmte Zeitpunkte, mit deren Versäumung das Unzulässige zulässig, das Anfechtbare unanfechtbar, das Ungesetzliche gesetzlich wird[8]); er schafft endlich durch die Nebeneinanderreihung von allgemeinen und Causalgerichten (oder -Senaten) im selben örtlichen Bereiche einen doppelten Rechtszug, welcher eine Beachtung der Unzuständigkeit von amtswegen (in allen Instanzen) erschwert.[9]) So dürfte es denn nicht überflüssig sein, die Behandlung der Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes (als wichtigsten Falles des Rechtsmittel-

[5]) Vgl. §§. 29, 590 und 595 des Entw. einer allgem. deutschen C. P. O. (1864).

[6]) §. 1 St. P. O. verordnet zwar, dass eine Bestrafung nur infolge eines von dem zuständigen Richter gefällten Urtheils erfolgen könne, das Gesetz führt jedoch diesen Grundsatz nicht bis zu seinen äussersten Consequenzen durch. S. §§. 51, letzter Absatz, 66, 212, 219, 261, 281, Z. 9a, 344, Z. 10a St. P. O., §. 8 des Ges. v. 31. Dec. 1877, R. G. Bl. Nr. 3 pro 1878, sowie die Entsch. des C. H. vom 4. Dec. 1874, Z. 10.582, 2. Juni 1876, Z. 2600, 20. Oct. 1876, Z 3175, 16. Dec. 1882, Z. 9940, 3. April 1883, Z. 2756.

[7]) So §§. 104 J. N., 477 C. P. O.

[8]) §§. 43 und 104, Abs. 3 J. N., 24, 196, 215 und 235, Abs. 2, 240, 441 und 483, Abs. 2 C. P. O. u. a. Vgl. Schuster, S. 4, Anm. 5, und 168; Trutter, Das österreichische Civilprocessrecht, S. 274 und 504; Wachtel, Erläuterungen zur C. P. O., S. 228, und insbesondere Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit, S. 89, Anm. 14.

[9]) Nur durch das Einbringen einer Klage bei einem Gerichtshof, einem Bezirksgericht für Handels- und Seesachen oder einem am Standort des letzteren befindlichen allgemeinen Bezirksgerichte ist der Rechtszug für den betreffenden Process schon von vornherein fixirt (§. 3 J. N.); in Processen vor den übrigen Bezirksgerichten entscheidet darüber erst die Thatsache, ob das Urtheil mit dem Beisatze der besonderen Gerichtsbarkeit versehen wurde (§. 446 C. P. O.) oder nicht. S. unten und Horten, Die Jurisdictionsnorm, S. 103.

Digitized by Google

verfahrens) zu untersuchen, zumal die J. N. hierüber gar keine, die C. P. O. nur wenige Bestimmungen enthält.

Schon jetzt sei festgestellt, dass eine Erörterung der Unzuständigkeit des Gerichtes dritter Instanz bei der Centralisirung der Judicatur vor dem Obersten Gerichtshofe[10]) gegenstandslos ist; die Processgesetze konnten diesen Fall mit Recht übergehen.

I. Auf welche Weise kann ein Gericht in die Lage kommen, sich mit einer Berufung zu befassen, zu deren Entscheidung es nicht zuständig ist?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir vom Zeitpunkte der Berufungserhebung vor dem Processgerichte (§§. 465—469 C. P. O.) ausgehen. Die Berufungsschrift muss (§. 467, 1 C. P. O.) „die Bezeichnung des Berufungsgerichtes" enthalten. Bewirkt diese „Bezeichnung" eine Bestimmung des Gerichtes, welchem der Processrichter die Berufung zu unterbreiten hat, dann entfällt für denselben jeder Anlass, über das Gericht, dem er die Berufung vorlegen soll, gemäss §. 3 J. N. schlüssig zu werden, dann wäre er an die „Bezeichnung" gebunden, und erst Sache des vom Berufungswerber „bezeichneten" Gerichtes wäre es, die Frage seiner Zuständigkeit aufzuwerfen (§. 471 C. P. O.).

Die „Fragenbeantwortung" scheint in der That auf diesem Standpunkt zu stehen. Sie behandelt die unrichtige Bezeichnung des Berufungsgerichtes ebenso wie das Fehlen der Advocatenunterschrift als Formgebrechen[11]), dessen Abstellung gemäss §§. 84, 85 C. P. O. und §. 89 G. O. der Erstrichter zu versuchen hat; wird die Berufungsschrift ohne Behebung dieser Gebrechen reproducirt, so wäre sie unverbessert, d. i. ohne Unterschrift, beziehungsweise (logischermassen) dem unrichtigen Berufungsgerichte vorzulegen (Antwort 4 und 5 zu §. 462).

Dann allerdings könnte der erste Richter in die Lage kommen, wider besseres Wissen eine Berufung einem unzuständigen Gerichte (etwa eine Berufung gegen das Urtheil eines Wiener Bezirksgerichtes dem Oberlandesgerichte Wien oder gar

[10]) Mat., I, S. 33 und 682, II, S. 337.

[11]) Die Richtigkeit dieser Entscheidung muss hier unerörtert bleiben. Vgl. hierüber Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen österreichischen Civilprocessrecht, S. 37, Anm. 3; Fürstl, Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze, S. 695; Trutter, S. 518; Schauer'sche Ausgabe (2. Aufl.) der C. P. O., Anm. 4 zu §. 467; Stross in der Ger.-Ztg., Nr. 2 ex 1898.

Digitized by Google

Prag) zu unterbreiten.[12]) Eine solche Auslegung ist jedoch im Gesetze nicht begründet. Nach §. 468, Abs. 1 C. P. O. wird die Berufungsschrift dem Gegner „unter Bekanntgabe des Berufungsgerichtes[13]) zugestellt". Der Zweck dieser Vorschrift wäre unerfindlich, wenn die „Bekanntgabe" des §. 468 nur eine Wiederholung der „Bezeichnung" (§. 467) wäre; wozu sollte der Erstrichter dem Berufungsgegner mittheilen, „welchem Gerichte er die Processacten vorzulegen beabsichtigt"[14]), wenn der Gegner dasselbe ohnedies aus der „Bezeichnung" ersehen könnte? Eine Bindung des Erstrichters an das ihm vom Berufungswerber bezeichnete Gericht hätte nur eine, vom Gesetze sonst möglichst vermiedene Folge: eine Vermehrung der Zuständigkeitsstreite.

Die Bestimmung des §. 467, Abs. 1 C. P. O. ist somit als blosse Ordnungsvorschrift aufzufassen, welcher trotz der kategorischen Fassung des Gesetzes jede Sanction mangelt.[15])

Hieraus ergibt sich: das Processgericht, dessen Urtheil angefochten wird, hat, unabhängig vom Antrage des Berufungswerbers, die Berufung dem nach §. 3 J. N. zuständigen Gerichte zweiter Instanz[16]) vorzulegen; dieselbe kann also nur infolge eines, sei es thatsächlichen[17]), sei es Rechts-

[12]) So Fürstl, S. 694 und 702. Dagegen Mat., I, S. 343, und die Erl. Bem. zu §. 470 der R. V. von 1876 (S. 149 der stenogr. Prot.).

[13]) Beziehungsweise -Senates, wenn das Berufungsgericht die allgemeine und besondere Gerichtsbarkeit ausübt; vgl. §. 474, Abs. 1 C. P. O. (wo ebenfalls vom etwa zuständigen Senate desselben Gerichtshofes nicht die Rede ist) und Schuster, S. 42. Unrichtig Wachtel, S. 423 und 424 (im Gegensatz zu S. 426 und 429).

[14]) Fragenbeantwortung zu §. 468; Trutter, S. 520 und 521.

[15]) Eine Verwerfung der mit unrichtiger Bezeichnung des Berufungsgerichtes eingebrachten, aber vom Processgerichte dem zuständigen Gerichte zweiter Instanz vorgelegten Berufung ist unstatthaft (dieselbe stellt sich ja nicht als „unzulässig" dar); aber auch eine andere Verfügung ist für diesen Fall nicht vorgeschrieben (§§. 474 ff.). Noch weniger dürfte schon das Processgericht eine solche Berufung zurückweisen, denn dieses Recht hat es nur bei verspäteter Einbringung (§. 468 C. P. O.). Vgl. Trutter, S. 519; Wachtel, S. 422 und 423; Neumann, Commentar, S. 876. Bei der Revisionsschrift konnte eine „Bezeichnung" des Revisionsgerichtes naturgemäss entfallen (§. 506 C. P. O.).

[16]) D. i. dem Gerichte zweiter Instanz, in dessen Sprengel das Processgericht liegt; s. §. 93 der alten J. N., dessen Fassung klarer ist.

[17]) Etwa durch einen Manipulationsfehler oder durch Uebersehen der unrichtigen „Bezeichnung" u. dgl.

Digitized by Google

irrthums[18]) des Processgerichtes vor ein unzuständiges Berufungsgericht gelangen.

Eine solche Unzuständigkeit kann nun auf zweierlei Art gegeben sein: 1. weil ein örtlich[19]), 2. weil ein sachlich[20]) nebengeordnetes Gericht als Berufungsinstanz einzuschreiten hat. Nur letzterem Falle kommt eine praktische Bedeutung zu.

II. Von dem Beschlusse des Processgerichtes gemäss §. 468[21]) an bis zur Anberaumung der Berufungsverhandlung, beziehungsweise Entscheidung des Berufungssenates gemäss §. 471 ist jede Einflussnahme der Parteien auf die Zuständigkeitsfrage, somit jede „Einrede der Unzuständigkeit" ausgeschlossen. Die „Mittheilung" des Berufungsgegners darf nur „auf noch nicht vorgebrachte Umstände und Beweise bezügliches thatsächliches und Beweisvorbringen" (§. 468 C. P. O.), keineswegs aber eine Aeusserung über die Zuständigkeitsfrage enthalten (den Fall des Verzichtes auf die Berufungsverhandlung etwa ausgenommen[22]). Da jedoch das Processgericht nicht das Recht hat, den Inhalt dieser „Mittheilung" zu prüfen, sondern zu ihrer Vorlage verpflichtet ist, könnte allerdings ein darin enthaltener Antrag auf Unzuständigkeitserklärung des Berufungsgerichtes vor dieses gelangen, es bestünde aber keine Pflicht zur Berathung und ordnungsmässigen Erledigung dieses Antrages: er könnte somit nur als unverbindliche Anregung dienen.

---

[18]) Z. B. durch Annahme der erwähnten irrigen Anschauung Fürstl's über §. 467, durch Veränderungen in der Gerichtsorganisation, in Bergbausachen, durch sonstige Rechtsirrthümer (Pollak, Ger.-Ztg., Nr. 52 ex 1897, Anm. 60) u. a.

[19]) Eine Berufung gegen ein Urtheil des Bezirksgerichtes Mödling gelangt vor das Kreisgericht Wiener-Neustadt statt vor das Landesgericht Wien.

[20]) Eine Berufung gegen ein Urtheil des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien gelangt vor das Landesgericht statt vor das Handelsgericht Wien. Theoretisch sind allerdings noch weitere Fälle construirbar (Berufung gegen bezirksgerichtliche Urtheile an ein Oberlandesgericht eines anderen Sprengels u. dgl.), allein angesichts des §. 3 J. N. können sie als völlig unwahrscheinlich ausser Betracht bleiben. Ebenso bleibt im folgenden die Zuständigkeit des Processgerichtes gänzlich unerörtert; nur die des Berufungsgerichtes im Verhältniss zu einem bestimmten, sei es zuständigen, sei es unzuständigen Gerichte erster Instanz soll untersucht werden.

[21]) Verfügung der Zustellung der Berufungsschrift an den Gegner (§. 37, Abs. 7 G. O. G.).

[22]) Anders Wachtel, S. 424 (wegen §. 78 C. P. O.).

Digitized by Google

Für eine Einrede der Unzuständigkeit ist in diesem Stadium des Verfahrens schon deshalb kein Raum, weil der mit der Prüfung der Berufungsacten betraute Richter die Sache ohnedies von amtswegen[23]) vor den Senat zu bringen hat, „wenn das Berufungsgericht zur Entscheidung über die erhobene Berufung nicht zuständig erscheint" (§. 471, 1 C. P. O.). Findet der Senat nun trotzdem, dass er zuständig sei, so hat, falls kein anderer der Punkte des §. 471 zutrifft, der Vorsitzende die Berufungsverhandlung anzuberaumen; im gegentheiligen Falle „hat das Gericht seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Berufung an das für dieselbe zuständige Gericht zu verweisen" (§. 474 C. P. O.), beziehungsweise an den zuständigen allgemeinen oder Causalsenat desselben Gerichtes.[24]) Schon der Umstand, dass das Gesetz dem Berufungsgerichte in den §§. 471 und 474 ausdrücklich die Prüfung der Zuständigkeit vorschreibt, lässt erkennen, dass hier zwar ein Analogon zu §. 41 J. N. gegeben, dieser aber nicht unmittelbar anwendbar ist: er gehört zu den Bestimmungen der J. N., welche, ohne dies ausdrücklich auszusprechen, nur für die erste Instanz gelten.[25]) Der erste Absatz des §. 41, welchen man bei der Anwendung dieser Gesetzesstelle auf das Berufungsverfahren allein zu beachten pflegt, steht in untrennbarem Zusammenhang mit Abs. 2, sowie mit §. 43 J. N., welche offenbar nur für die erste Instanz passen (verb.: Kläger — Klage — Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung). Endlich wäre bei Anwendbarkeit dieser Paragraphen die Berufung im Falle der Unzuständigkeit zurückzuweisen[26]), was dem §. 474 widerspricht. Die Normen der J. N. über Prüfung der Zuständigkeit sind somit auf das Berufungsverfahren nicht anwendbar, sondern durch analoge Bestimmungen

---

[23]) Eine ausdrückliche oder stillschweigende Prorogation in zweiter Instanz gibt es nicht. Trutter, S. 521.

[24]) Bezüglich des weiteren Verfahrens s. §§. 479 und 519, Z. 3 C. P. O. Ist §. 499 C. P. O. auch hier anwendbar, obwohl derselbe nur § 487, nicht aber §. 474 C. P. O. citirt? Dafür Schauer, Anm. 2 zu §. 474. Nicht anwendbar ist §. 46 J. N. (verb. „anhängig wird"). A. A. Fürstl, S. 729. Die §§. 61 ff. J. N. haben für das Verfahren in zweiter Instanz keine Geltung. Vgl. Beck, S. 45, Anm. 1.

[25]) Vgl. oben, Anm. 2. Aehnliche Bestimmungen: §§. 28 und 42 J. N.

[26]) §. 43 J. N.

Digitized by Google

ersetzt.[27]) Wie nach §. 41, 43 J. N. ist auch gemäss §. 471 C. P. O. jede, sowohl örtliche wie sachliche, Unzuständigkeit von amtswegen wahrzunehmen.

III. Die vom Gesetze geforderte Ueberprüfung der Berufung durch den damit betrauten Richter, beziehungsweise den Senat, ist eine Cautel, welche die Möglichkeit, dass eine Berufung von einem unzuständigen Gerichte erledigt werde, noch mehr verringert. Nur ein weiterer Irrthum des überprüfenden Richters, zu dem Irrthum des Processgerichtes hinzutretend, könnte noch nach jenem Zeitpunkte eine Unzuständigkeit bestehen lassen. Auch hier ist ein diesbezüglicher Antrag der Parteien ausgeschlossen, weil das Berufungsverfahren mit Ausnahme der Berufungsschrift und der „Mittheilung" des §. 468 C. P. O. keine Schriftsätze[28]) zulässt. Gleichwohl ist auch in diesem Zwischenstadium bis zur Berufungsverhandlung eine Abtretung an das zuständige Gericht nicht ausgeschlossen; sie könnte insbesondere bei Vornahme von Erhebungen gemäss §. 473 oder gelegentlich der Herbeischaffung der Beweismittel nach §. 481 C. P. O. sich als nothwendig herausstellen.

IV. „Die mündliche Berufungsverhandlung beginnt mit dem Vortrage eines Mitgliedes des Berufungssenates als Berichterstatter." (§. 486 C. P. O.) „Der Antrag auf Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes ist bei sonstigem Ausschlusse sogleich nach Beendigung des Vortrages des Berichterstatters zu stellen." (§. 487 C. P. O.) Dieser Zeitpunkt entscheidet darüber, ob die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes überhaupt noch berücksichtigt werden darf; sein Verstreichen präcludirt nicht blos die Parteien, sondern auch das Gericht selbst. Letzteres ergibt sich aus folgenden Erwägungen. — Der alte Process schrieb dem Gerichte vor, in der Regel nichts von amtswegen zu verfügen, sondern einen diesbezüglichen Parteienantrag abzuwarten[29]); nur in wenigen

---

[27]) Anders Fürstl, S. 701; Schauer, Anm. 2 zu §. 471; Neumann, S. 922; Fläschner in der „Gerichtshalle", Nr. 2 ex 1898; vgl. aber Horten, S. 146; Schuster, S. 77; Schrutka, Umgestaltung, S. 39, sowie §. 482 der Reg.-Vorl. von 1876. S. auch §. 1 der alten J. N. von 1852.

[28]) §. 258 C. P. O. ist hier unanwendbar.

[29]) D. Ullmann, Das österreichische Civilprocessrecht, 3. Aufl., S. 105, 144 ff.; Canstein, Lehrbuch (1882), S. 500 ff.; Georg Neumann, Commentar

Digitized by Google

Ausnahmsfällen war dieser Grundsatz durchbrochen Das neue Verfahren hat denselben umgestossen, indem es in zahlreichen Fällen dem Richter gebietet, auch ohne Antrag, von amtswegen einzuschreiten, d. h., wie es das Gesetz formulirt: „auf Antrag oder von amtswegen.“ [31]) Nirgends aber konnte das Gesetz so weit gehen, eine amtswegige Beachtung gewisser Umstände unter gleichzeitigem Ausschluss des Parteiantrages zu verordnen; vielmehr muss es den Parteien unverwehrt bleiben, auf das Vorhandensein solcher Umstände aufmerksam zu machen oder einen diesbezüglichen Antrag zu stellen. Eine Zulassung einer „Anregung“, aber nicht eines formellen „Antrages“; eine Zurückweisung eines solchen Antrages verbunden mit einem demselben von amtswegen stattgebenden Beschlusse wäre eine juristische Ungeheuerlichkeit. Nicht überall, wo ein Antrag zulässig, hat das Gericht auch von amtswegen einzuschreiten; aber wo letzteres der Fall, da ist immer auch ein Antrag gestattet. Daraus folgt umgekehrt, dass officioses Einschreiten dort ausgeschlossen ist, wo ein Antrag wegen Präclusion nicht mehr vorgebracht werden kann, weil sonst der Präclusionszweck vereitelt wäre. [32]) Auf unseren Fall angewendet ergibt sich hieraus der Satz:

---

zu den Civilprocessgesetzen, S. 129; vgl. Mat., II, 314, §. 113 der Reg.-Vorl. von 1867 und §. 123 Reg.-Vorl. von 1876, sowie §. 126 des Entwurfes einer allgem. deutschen C. P. O. (1864).

[30]) §. 48 der alten J. N. und R. Pollak, Die Gerichtsstände der §§. 47 und 48 (aus Grünhut's Zeitschr., Bd. XVIII), S. 48 ff.

[31]) So §§. 48, 51, 68, 95, 117, 119, 134, 139, 162, 179, 182. Abs. 2, 233, 255, 273, 275, 300, 344, 368 C. P. O.; vgl. §. 55 E. O. und Trutter, S. 141.

Andere Gesetzesstellen sprechen nur von einem Einschreiten „von amtswegen“, ohne aber hiedurch einen diesbezüglichen Parteienantrag auszuschliessen: §§. 22, 28, 41, 43, 44, 60 J. N., §§. 6, 37, 84, 240, 260, 281 C. P. O. Damit steht das oben (II) über den Zeitraum bis zur Berufungsverhandlung Gesagte nur scheinbar in Widerspruch; ein Antrag auf Unzuständigerklärung des Berufungsgerichtes ist in jenem Stadium nur deshalb nicht möglich, weil ein weiterer Schriftsatz dort überhaupt nicht zugelassen ist.

[32]) So ist insbesondere dann, wenn ein Gericht erster Instanz eine unanfechtbare Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage getroffen hat, auch eine amtswegige Aufhebung des Urtheils durch die zweite Instanz wegen Nichtigkeit (§. 477, Z. 3 C. P. O.) ausgeschlossen: §. 45 J. N. §. 477, Z. 3 C. P. O. ist nur dann anwendbar, wenn über die Zuständigkeitsfrage in erster Instanz gar nicht entschieden wurde. S. Horten, S. 209; Winiwarter, Die Jurisdictionsnorm, S. 44; §. 462, Abs. 2 C. P. O. und insbesondere Mat., I, 57. Vgl. unten Anm. 39.

Digitized by Google

Nach dem Zeitpunkte des §. 487 [33]) ist jede Berücksichtigung der Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes, sowohl auf Antrag wie von amtswegen, präcludirt; das unzuständige Gericht ist zuständig geworden. [34]) —

V. Vorstehender Satz erfordert eine nähere Untersuchung des §. 503 C. P. O., welcher gegen unsere Anschauung ins Treffen geführt werden könnte. Nach §. 503, Z. 1 kann die Revision des Berufungsurtheiles begehrt werden, weil dasselbe „wegen eines der im §. 477 bezeichneten Mängel nichtig ist"; daher nach §. 477, Z. 3 auch dann, „wenn das Urtheil von einem Gerichte gefällt wurde, das auch nicht durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien für diese Rechtssache zuständig gemacht werden konnte". Wann letzteres der Fall, ist im §. 104 J. N. erschöpfend ausgeführt. Darnach kann nie prorogirt werden:

1. eine den ordentlichen Gerichten entzogene Rechtssache vor diese Gerichte;

2. eine Bezirksgerichtssache (§. 49 J. N.) vor einen Gerichtshof erster Instanz;

3. eine Rechtssache der allgemeinen Gerichtsbarkeit vor einen Causalsenat oder ein Causalgericht;

4. eine ausschliessliche Gerichtshofsache (§. 50 J. N.) vor ein Bezirksgericht;

---

[33]) Verb. „bei sonstigem Ausschluss".

[34]) §. 240 C. P. O. spricht für unsere Anschauung. Wegen der Präclusionsnorm des ersten Absatzes „Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes muss bei der ersten Tagsatzung angemeldet werden", welche an sich die amtswegige Beachtung auch der unverzichtbaren Incompetenz nach der ersten Tagsatzung angeschlossen hätte, musste das Gesetz im zweiten Absatz ausdrücklich verfügen: „Nach Abhaltung der ersten Tagsatzung kann (und muss) die Unzuständigkeit nur mehr insoweit (von amtswegen wie auf Antrag) berücksichtigt werden, als es sich um eine durch ausdrückliche Vereinbarung . . . nicht zu beseitigende Unzuständigkeit handelt." Eine analoge Bestimmung fehlt aber im §. 487 C. P. O. Vgl. Schuster, S. 243; Wachtel, S. 227, 228, 435; Trutter, S. 210, 362; Winiwarter, S. 41; Sperl, S. 7, 8, 84 ff.; Schrutka'sche Ausgabe der C. P. O., S. 255; Mat., II, 322; §. 287 Reg.-Vorl. von 1876; Fragenbeantwortung 1 zu §. 240 und darüber in Nr. 11 der „Jur. Bl." ex 1898, S. 122; §. 31 Bagatellverfahren; Zistler, Systematische Uebersicht über die wichtigsten Bestimmungen der neuen Civilprocessgesetze, S. 34. S. auch §§. 260, 261 C. P. O. und hiezu Fragenbeantw. 4 zu §. 261; Trutter, S. 382. Irrig Fürstl, S. 418.

Digitized by Google

5. irgend eine Rechtssache vor ein Oberlandesgericht oder den obersten Gerichtshof (arg. §. 104, Abs. 1 J. N. „die Parteien können sich einem an sich unzuständigen Gerichte erster Instanz . . . unterwerfen“).[35]) Den Fall 1 können wir als durch §. 42 J. N. und §. 477, Z. 6 C. P. O. geregelt aus dem Rahmen unserer Erörterungen von vornherein ausscheiden; ebenso ist der Fall 4 auf das Berufungsgericht (§. 3 J. N.) nicht anwendbar. In wörtlicher Anwendung der Punkte 2 und 5 wäre ferner jedes ordnungsmässige Berufungsurtheil nichtig, denn es ist entweder von einem Gerichtshofe erster Instanz über eine Bezirksgerichtssache[36]) oder von einem Oberlandesgerichte, somit „von einem Gerichte gefällt, das auch nicht durch ausdrückliche Vereinbarung für diese Rechtssache zuständig gemacht werden konnte“ — eine Entscheidung, die in Anbetracht des durch §. 3 J. N. geregelten Instanzenzuges sinnlos wäre. Es bleibt also nur der Fall 3 übrig, wonach ein vom Causalgericht (-Senat) in einer allgemeinen Rechtssache gefälltes Berufungsurtheil nichtig ist, was allerdings unserem Satze (s. IV) von der Sanirung der Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes widersprechen würde.

Eine allgemeine Rechtssache[37]) kann nun in zweifacher Weise vor ein Causalgericht als zweite Instanz kommen:

a) Die vom Bezirksgericht mit Recht ohne den Beisatz des §. 446 C. P. O.[38]) entschiedene Sache wird irrthümlich,

---

[35]) Wörtlich angewendet, besagt also §. 503, Z. 1 C P. O.: „Die Revision kann begehrt werden, weil das Urtheil des Berufungsgerichtes als 1. über eine den ordentlichen Gerichten entzogene Rechtssache, 2. von einem Gerichtshofe erster Instanz über eine Bezirksgerichtssache, 3. von einem Causalgerichte über eine allgemeine Rechtssache, 4. von einem Bezirksgericht über eine ausschliessliche Gerichtshofsache, 5. von einem Oberlandesgerichte oder dem obersten Gerichtshofe gefällt, nichtig ist.“ Zu weit geht Sperl, S. 74, wonach eine Prorogation auf einen dem sonst zuständigen Bezirksgerichte übergeordneten Gerichtshof erster Instanz aus dem Grunde sub 5 unzulässig sei. Hierauf findet vielmehr der Punkt 2 Anwendung. S. auch §. 51 E. O.; Sperl, S. 77; Pollak, Die Gerichtsstände, S. 13, und in der „Ger.-Ztg.“, Nr. 51 ex 1897, S. 401, und §. 247 R. C. P. O.

[36]) Den Fall der Prorogation einer Gerichtshofsache vor das Bezirksgericht in erster Instanz etwa ausgenommen.

[37]) D. i. eine solche, welche nicht unter die §§. 51—53 J. N. fällt.

[38]) „Ist das Urtheil eines Bezirksgerichtes, welches nebst der allgemeinen auch die Gerichtsbarkeit in Handels-, See- oder Berg-

Digitized by Google

b) die irrthümlich[39]) vom Bezirksgerichte mit dem Beisatze des §. 446 C. P. O. entschiedene Sache wird (mit Recht)[39]) dem Causalgerichte vorgelegt.

In beiden Fällen[40]) ist trotz §§. 477, bezw. 503 C. P. O. eine Abtretung an das zuständige Berufungsgericht nach dem Zeitpunkt des §. 487 ausgeschlossen; weil sie nach der ausdrücklichen Normirung dieser letzteren Gesetzesstelle nur bis zu

---

rechtssachen ausübt, in Ausübung dieser besonderen Gerichtsbarkeit gefällt, so ist ein dies ausdrückender Beisatz in das Urtheil aufzunehmen, wenn beide Parteien übereinkommen, dass die Sache bei ihrer Erledigung als zum Gebiete dieser besonderen Gerichtsbarkeit gehörig bezeichnet werde, oder wenn diese Bezeichnung vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung von einer Partei begehrt und vom Gerichte als zutreffend erkannt wird. Die Aufnahme eines solchen Beisatzes in das Urtheil oder die Verweigerung seiner Aufnahme kann nicht angefochten werden." — „Bei ihrer Erledigung" = bei Urtheilsfällung; s. Sperl, S. 72, Anm.; unrichtig Fürstl, S. 648.

[39]) Irrthümlich deshalb, weil das betreffende Urtheil nicht in Ausübung der Causalgerichtsbarkeit gefällt wurde — mit Recht deshalb, weil der Rechtszug sich nicht nach der Eigenschaft der entschiedenen Streitsache, ob der allgemeinen oder der Causalgerichtsbarkeit angehörig, sondern einzig nach dem Umstande richtet, ob das Urtheil mit dem Beisatze des §. 446 C. P. O. versehen ist oder nicht (ohne Rücksicht auf die Berechtigung desselben). §. 3 J. N. scheint damit im Widerspruch zu stehen, denn nach dieser Gesetzesstelle geht die Berufung nur dann an das Causalgericht, wenn sie gegen ein in Ausübung der Causalgerichtsbarkeit gefälltes und dementsprechend bezeichnetes Urtheil gerichtet ist; und es hätte das Causal- als Berufungsgericht immer bei Prüfung seiner Zuständigkeit zu untersuchen: 1. ob das Urtheil den Beisatz des §. 446 trägt; 2. ob derselbe berechtigt ist, beziehungsweise bei Abgang eines dieser Momente nach §§. 474, 487 vorzugehen. Diese Auslegung widerspricht jedoch dem §. 446, wonach (Abs. 2) die diesbezügliche Entscheidung des Erstrichters nicht angefochten werden kann, somit die Parteien ebenso wie das Obergericht bindet. Damit steht weiters im Zusammenhang das unbeschränkte Prüfungsrecht (und -Pflicht) des Erstrichters, ob der Beisatz des §. 446 berechtigt ist: er darf denselben nur dann aufnehmen, wenn er die Sache für eine Causalsache hält, ein Zwang dazu durch Uebereinkommen der Parteien ist ausgeschlossen, was die mangelhafte Stilisirung dieses Paragraphen vielfach übersehen liess. Die Aufnahme soll, sei es infolge Uebereinkommens beider, sei es auf Begehren einer der Parteien, nur dann erfolgen, wenn „das Urtheil . . . in Ausübung dieser besonderen Gerichtsbarkeit gefällt" ist. Die Hervorhebung der beiden Fälle (Uebereinkommen — einseitiger Antrag) hat nur die Bedeutung, dass eine Aufnahme des Beisatzes von amtswegen unzulässig ist. Der Paragraph besagt, kurz gefasst, nur: In ein Urtheil über eine Causalsache ist ein diesbezüglicher Beisatz auf Antrag aufzu-

Digitized by Google

demselben berücksichtigt — für den Fall *b* überdies noch deshalb, weil nach §. 446 C. P. O. die Aufnahme des fraglichen Beisatzes in das bezirksgerichtliche Urtheil überhaupt nicht angefochten werden kann. §. 477, Z. 3 ist also gerade in seinem wichtigsten Falle auf das Berufungsverfahren unanwendbar, weil seine allgemeine, in §. 503 bezogene Bestimmung durch die specielle des §. 487 ausser Kraft gesetzt ist.[41])

---

nehmen (Fragenbeantw. zu §. 446). Die Worte am Schlusse des Abs. 1: „und vom Gerichte als zutreffend erkannt wird" sind also durch den ersten Satz des Paragraphen („Ist das Urtheil . . .") überflüssig gemacht und irreführend; sie erklären sich aus der Entstehungsgeschichte, d. i. aus § 470 der Reg.-Vorl. von 1876, aus welcher sie herübergenommen wurden. Dort hatte aber der erste Satz gelautet: „In das Urtheil eines Bezirksgerichtes, welches . . . ausübt, ist ein die Ausübung einer solchen Gerichtsbarkeit ausdrückender Beisatz nur dann aufzunehmen, wenn" u. s. w.; dort war also das Uebereinkommen der Parteien ohne Rücksicht auf den Charakter der Rechtssache bindend. Folgerichtig hatte dort die zweite Instanz das Recht, die Berechtigung des Beisatzes zu prüfen, aber nur im Falle des einseitigen Antrages; das Uebereinkommen der Parteien war auch für die zweite Instanz bindend (eine Art Prorogation der sachlichen Gerichtsbarkeit in zweiter Instanz) — allerdings begründete die Entscheidung einer allgemeinen Rechtssache durch ein Causalgericht nach der Reg.-Vorl. von 1876 keine unverzichtbare Unzuständigkeit wie nach §. 104 J. N. (Vgl. die Motive, S. 149, welche fast wörtlich ohne Rücksicht auf den geänderten Text übernommen wurden, Mat., I, 343.) §. 3 J. N. wiederholt also nur die Vorschrift des §. 446 C. P. O., er setzt voraus, dass der erwähnte Beisatz nur in Ausübung der Causalgerichtsbarkeit dem Urtheile eingefügt wird, er begründet jedoch keineswegs ein Prüfungsrecht der zweiten Instanz, ob der Beisatz berechtigt sei oder nicht; umsoweniger aber kann §. 503, Z. 1, beziehungsweise 477, Z. 3 C. P. O. hierauf Anwendung finden. Der Ausspruch der Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes ist also nur bei Irrthum des Erstrichters in der Vorlage der Berufung, nicht bei Irrthum in der Bezeichnung des berufenen Urtheiles möglich. (Vgl. Pantůček im Právník, 1896, S. 45, Anm. 20.)

Selbst ein Prüfungsrecht der zweiten Instanz, den Beisatz des §. 446 betreffend, würde übrigens unsere Ansicht von der Unanwendbarkeit der §§. 503, Z. 1, 477, Z. 3 C. P. O. nicht widerlegen; denn hätte ein allgemeiner Gerichtshof als Berufungsgericht unrichtigerweise eine Berufung vor das Causalgericht verwiesen (§. 487), so wäre diese Entscheidung bindend (§. 499 C. P. O.) und die von letzterem Gerichte gefällte Entscheidung könnte vom Obersten Gerichtshof nicht als nichtig (§. 477, Z. 3) aufgehoben werden. Die unklare Abfassung des §. 446, beziehungsweise 487 C. P. O. hat die verschiedensten Ansichten hervorgerufen. Es kann eben nicht vorkommen, dass (wie Fläschner in der „Ger.-H.", Nr. 2 ex

Digitized by Google

Ein weiteres Argument für die hier vertretene Ansicht ist der Umstand, dass im Gesetze eine Berücksichtigung zwar der Mängel des §. 471, Z. 2, 3, 5, 7, nicht aber Z. 1, in der Berufungsentscheidung vorgesehen ist (§. 494, 495, 496 C. P. O.); sofern aber „nicht die Bestimmung der §§. 494, 495 und 496 zur Anwendung kommen, erkennt das Berufungsgericht durch Urtheil in der Sache selbst" (§. 497 C. P. O). Das Gesetz trifft also für eine Berücksichtigung der Unzuständigkeit in der Be-

---

1898, meint) ein allgemeiner Gerichtshof „auf Grund der Bestimmungen des §. 41 J. N., §. 471, Abs. 1, §. 474, Abs. 1 C. P. O. die Sache (nämlich die Berufung gegen ein ohne den Beisatz des §. 446 gefälltes Urtheil) von sich an einen Handelssenat verweist", denn dies würde dem §. 446, Abs. 2 widersprechen. Ueber Katz, Das Urtheil, S. 100 ff., welcher in §. 487 einen Redactionsfehler vermuthet (derselbe steckt vielmehr, wie gezeigt, in §. 446, Abs. 1), zutreffend Sperl, S 72, Anm. 12, doch ist auch dieser der irrigen Ansicht, dass das Gericht durch Parteiübereinkommen zur Aufnahme des Beisatzes gezwungen werden kann; ebenso Schuster, S. 448; Wachtel, S. 405. Im wesentlichen richtig Fürstl, S. 648. Vollkommen zutreffend die Fragenbeantw. zu §. 487 und Neumann, S. 841, 923.

Das Urtheil eines Bezirksgerichtes am Standorte eines eigenen Bezirksgerichtes für Handels- oder Seesachen kann den Beisatz des §. 446 nie enthalten (Anm. 8; unrichtig Wachtel, S. 405).

Für die Anwendbarkeit des §. 477, Z. 3 C. P. O. auf die zweite Instanz Wachtel, S. 446 (dagegen ebenda S. 458). Zu erwähnen wäre noch, dass Anwendungsfälle des §. 487 sich aus einer irrthümlichen Weglassung des bei der Urtheilsfällung aufgenommenen Beisatzes in der Urtheilsausfertigung ergeben könnten.

[40]) Weitere Fälle des §. 487 C. P. O.: *c)* eine ohne den Beisatz des §. 446 entschiedene Causalsache gelangt irrthümlich vor das Causal- als Berufungsgericht; *d)* eine mit dem Beisatze des §. 446 entschiedene Causalsache kommt irrthümlich vor das allgemeine Berufungsgericht. Die Fälle *a, c, d* sind die einzigen, welche noch in der mündlichen Berufungsverhandlung berücksichtigt werden können; alle anderen Unzuständigkeitsfälle sind präcludirt. In der Berufungsverhandlung vor dem Oberlandesgerichte ist daher eine Berücksichtigung der Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes überhaupt ausgeschlossen (Wachtel, S. 446; Beck, S. 44).

[41]) Die Erklärung dieses Widerspruches zwischen §. 447, Z. 3, und §. 487 C. P. O. ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Anm. 37). Das Princip, dass allgemeine Rechtssachen nie vor ein Causalgericht kommen dürfen (§. 104 J. N., §. 477, Z. 3 C. P. O., Art. 22 E. G. z. J. N.), ist übrigens auch durch §. 45, Abs. 2 J. N. durchbrochen; vgl. die zutreffende Entscheidung des Wiener Handelsgerichtes (Beisser in der „Ger.-Ztg.", Nr. 11 und 17 ex 1898).

Für Deutschland vgl. §. 101 ff. G. V. G., 1, §. 1, 38—40, 247, 473, 492, 509, 513 R. C. P. O., und Seuffert, Commentar zur C. P. O., 7. Aufl., S. 2, 3, 53 bis 58, 348, 600, 669.

Digitized by Google

rufungsentscheidung keine Normirung; es sieht aber auch den Fall nicht vor, dass diese Unzuständigkeit durch Revision geltend gemacht werde, denn auch §. 510 C. P. O. sagt hierüber nichts. Diese Stelle schreibt dem Revisionsgerichte vor:

1. Zurückweisung an das Berufungsgericht (wegen §§. 477, Z. 4 und 5, und 503, Z. 2 C. P. O.);

2. Zurückweisung an die erste Instanz (§. 478, Abs. 2 und 3);

3. Entscheidung in der Sache selbst (in allen übrigen Fällen).

Für den Fall des §. 477, Z. 3 C. P. O. ist eine Bestimmung (etwa die Verweisung vor das zuständige Berufungsgericht) nicht getroffen, was zu dem weiteren Schlusse nöthigt: Nicht blos bei Präclusion des Antrages auf Unzuständigkeitserklärung des Berufungsgerichtes (§. 487, Abs. 2) ist eine Geltendmachung dieser Unzuständigkeit durch Revision ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn das Berufungsgericht über diesen rechtzeitig eingebrachten Antrag unrichtig entschieden hat — mit anderen Worten: §. 477, Z. 3, gilt überhaupt nicht für das Berufungsurtheil.

Wir kommen also zum Ergebnis: Bis zur mündlichen Berufungsverhandlung hat das Berufungsgericht seine Unzuständigkeit jederzeit von amtswegen wahrzunehmen.

In der Berufungsverhandlung kann ein diesbezüglicher Antrag nur aus den Gründen des §. 487 und nur unmittelbar nach dem Vortrage des Berichterstatters gestellt werden — nachher ist jede Berücksichtigung der Unzuständigkeit ausgeschlossen.

Digitized by Google

XIII.

Die Straffälligkeit wegen Arbeitsscheu in Oesterreich.

Von

Dr. **Hugo Hoegel.**

1. Mit der vorliegenden Arbeit habe ich mich von meiner ursprünglichen Absicht, eine kurze geschichtliche Skizze mit einer statistischen und kritischen Darstellung der Wirkung unserer gegenwärtigen Landstreichergesetze zu verbinden, zweifelsohne weit entfernt. Unwillkürlich vertiefte ich mich immer mehr in den Gegenstand und der Schluss war, dass ich das ganze, mitunter recht krause und bunte Material, soweit mir eben die Quellen zu Gebote standen, zusammenfasste. Vielleicht ist die Darstellung darob nicht unlesbarer geworden, bildet sie doch gleichzeitig ein Stück Culturgeschichte. Auch fehlte es andererseits bisher an einer derartigen Darstellung. Lücken sind zweifellos vorhanden, wer sie entdeckt, möge sie gütigst ausfüllen, mit einem Streich fällt keine Eiche.

Einen Punkt möchte ich hier schon eingangs hervorheben. Ich bin kein Anhänger jener modernen „positivistischen" Heilslehre, deren eifrigste Vorgänger auf Entdeckungen ausgehen, die andere ein Jahrhundert zuvor schon gemacht haben, und angesichts ihrer Bücher sich gebärden wie das bekannte Huhn, welches soeben ein Ei legte. Diese meine Gegnerschaft wird wiederholt zum Ausdrucke kommen. Darob möchte ich nicht in den Geruch eines *Laudator temporis acti* kommen, von welchem ich ebenso weit entfernt bin. Aber an Gedanken fehlte es unseren Vorfahren wahrlich nicht, vorwiegend liess und lässt die Ausführung zu wünschen übrig.

Es mag deshalb nicht Wunder nehmen, wenn ich diese Darstellung mit der Anführung des §. 1 des XXXI. Hauptstückes des im Jahre 1804 erschienenen 4. Bandes des Handbuches des „Teutschen Policeyrechts" von Günther Heinrich von Berg einleite, welches Hauptstück von den Vorkehrungen der Sicherheitspolizei gegen Land-

Digitized by Google

streicher handelt. Er lautet: „Aus der zahlreichen Familie der Landstreicher gehen die meisten Menschen hervor, welche listige oder gewaltsame Zueignung fremden Eigenthums, wobei nicht selten auch Gesundheit und Leben der Staatsbürger gefährdet wird, zu ihrem vorzüglichsten oder gar einzigen Gewerbe und Nahrungszweige machen. Wer einen eigenen Herd oder nur einen festen Wohnsitz, eine gewisse Heimat, ein bestimmtes rechtliches Gewerbe hat, wird so leicht nicht den Bettlern, Dieben und Räubern sich beigesellen. Verdorbenheit des Gemüths, Faulheit, Schwelgerei, Zerrüttung des Vermögens, Armuth und Mangel, unmässige Habsucht, günstige Gelegenheit — verleiten allerdings auch und nur zu oft einheimische, angesessene Leute zu sträflichen Unternehmungen wider das Eigenthum ihrer Mitbürger. Aber den fruchtbarsten Stamm der Diebe und Räuber von Handwerk machen immer die Landstreicher, und zwar die fremden Landstreicher aus. Ist der Eingeborene zu diesen herabgesunken, so gilt freilich auch von ihm weiter keine Ausnahme, und er wird umso gefährlicher, je mehr örtliche Kenntnisse die Ausführung seiner Anschläge erleichtern.“ Die Schlüsse, welche Berg an diesen Gedanken knüpft, die Massregeln, welche er befürwortet, sind selbstverständlich heute nicht mehr vollkommen stichhältig, denn sie beziehen sich auf Verhältnisse und Zustände, die anderen Platz gemacht haben, aber der Kern seiner Ausführungen ist bis heute richtig geblieben. Ich werde in der Folge wiederholt auf ihn zurückgreifen. Er war nicht der einzige, der die Sachlage begriffen hat, in Literatur und Gesetzgebung stossen wir vielfach auf eine richtige Auffassung derselben; woran es vorwiegend fehlte, das war die Möglichkeit zielbewusster Bekämpfung der Arbeitsscheu infolge des unbesiegbaren Widerstandes, welchen Eigennutz und Beschränktheit der zunächst Betheiligten, die Zerfahrenheit der politischen Verwaltung, sowie der Mangel an für solche Zwecke zur Verfügung stehenden Geldmitteln leisteten. Die in die Regierungszeit Kaiser Josef II. fallenden Verordnungen werden darüber Aufschluss geben.

Ich will aber Berg einen noch älteren Gewährsmann an die Seite stellen. Ein altmodisch anheimelndes Buch ist es, mit der merkwürdigen Ueberschrift: „Vier Zugaben zu der im Jahre 1782 von der ökonomischen Gesellschaft zu Bern gekrönten Schrift: von der Criminalgesetzgebung.“ (Altenburg 1785.) Die drei ersten sind von Hans Ernst von Globig, churfürstlich sächsischen Appellationsrathe, die dritte handelt von der Theorie der Strafgerechtigkeit in Polizeisachen. Globig weist (von der Theorie des gesellschaftlichen Vertrages ausgehend) der Polizei die vorbeugende Rolle zu, „denn nur alsdann kann man die Strafen gerecht und nothwendig nennen, wenn die Polizei alles mögliche zur Vermeidung der Verbrechen gethan hat“, und entwickelt die Schranken, welche dieser vorbeugenden Thätigkeit gezogen werden müssen, soll sie nicht in Bevormundung und Freiheitsbeschränkung ausarten (II., S. 410 u. f.). Er erwähnt am Schlusse seiner Erörterung über Müssiggang und Bettelwesen:

Digitized by Google

„An manchen Orten pflegt man die betroffenen Bettler ohne Unterschied auf einige Tage einzustecken und hernach wieder frei zu lassen. Gleich als wenn ihnen diese Ahndung Lust und Mittel an die Hand geben könnte, ihren Unterhalt zu verdienen? Ich wiederhole es noch einmal, das Laster des Müssigganges und das mit selbigem vergesellschaftete Bettelwesen ist nur in dem einzigen Fall strafbar, wenn alle Bürger an jedem Orte hinlängliche Gelegenheit haben, ein ihren Fähigkeiten gemässes Gewerbe zu betreiben. Die Bestimmung dieser Gelegenheit ist freilich schwer, und daher muss das Polizeitribunal in jedem einzelnen Falle die Gründe untersuchen, welche der Angeschuldigte für sich anführen kann; es muss ihm allen möglichen Vorschub leisten; und nur vorsätzliche Widerspenstigkeit verdient nach obigen Verhältnissen geahndet zu werden.“ (Siehe auch Sonnenfels, Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz, 1798, Absatz 99 u. f.)

Wer die ältere Literatur verfolgt hat, wird zugeben müssen, dass schon frühzeitig erkannt wurde, dass man Arbeitslose vor dem Versinken in Arbeitsscheu zu bewahren, Arbeitsunfähige zu versorgen und nöthigenfalls zwangsweise an öffentliche Versorgung zu gewöhnen habe, Arbeitsscheue endlich zu bessern, so lange dies möglich ist, sonst aber zu strafen und möglichst lange unschädlich zu machen. Mangel ausreichender Mittel war regelmässig die Veranlassung, dass man es unternahm, Brot ohne Mehl zu backen.

Die Geschichte der Bekämpfung der Arbeitsscheu in Oesterreich ist ebenso lehrreich wie jene anderer Länder, auch in der Richtung, dass man mit Strafbestimmungen gegen Aeusserungen gesellschaftlicher Misstände sparsam sein müsse. Zunächst kommt insbesonders die von der Vorzeit weise angebahnte Trennung der Gebiete der Verwaltung und Rechtspflege in Betracht. Die Nothwendigkeit einer solchen Abgrenzung beginnt man in der Gegenwart allgemach wieder zu übersehen. In dem Bestreben, dem Strafrichter möglichst viele socialpolitische und vorbeugende Aufgaben zuzutheilen, überlastet man ihn mit Aufgaben der Polizei, welchen er seiner Stellung nach nie gewachsen sein kann und lässt sein Richteramt in der Schablone der Masse untergehen. Man vergisst aber auch, und dies scheint mir das Wesentlichste zu sein, dass man den Strafrichter ohne Gefährdung seiner Stellung nach aussen nicht mit jener Fülle freien Ermessens im Sinne der Nützlichkeit ausstatten darf, deren der Polizeirichter nothwendig bedarf.

Es gilt dies von der Schuldfrage wie von der Straffrage. Man mag das Ding taufen, wie immer man will, Haft, Gefängniss, Arbeitshaus — es bleibt stets Freiheitsstrafe, und man hatte im vorigen Jahrhundert in den Zuchthäusern Sträflinge und Zwangsarbeiter zusammengeworfen. Wir dürfen das Strafrecht ausserdem auch auf dem Umwege des Arbeitshauses nicht in den gefährlichen Versuch mit der unbestimmten Strafe hinüberführen, deren äusserste Folgerung etwa 3 Monate Einzelhaft für den Todtschlag und lebens-

Digitized by Google

längliches Zuchthaus für den Landstreicher wäre. Vom grünen Tisch aus stellt man derartige Forderungen leichter auf, als man hinterher in der Lage wäre, die ganz ungemessenen Folgen für die Werthschätzung der Rechtsgüter im Volksleben einerseits, für die Freiheit des einzelnen andererseits einzudämmen. Bis zu einem gewissen Grade müssen wir uns schon das Schlagwort gefallen lassen, dass wir nach erfolgloser Strafe den Uebelthäter wieder auf die Gesellschaft loslassen. Die moderne Zweckstrafe, das Irrenhaus und die wieder aus der Abgestorbenheit aufgetauchte Deportation, können es, beim Lichte besehen, auch nicht anders machen.

Im übrigen kann nicht oft genug wiederholt werden, bevor nicht der Vollzug unserer Freiheitsstrafen einheitlich und zielbewusst zur Durchführung gelangt ist, ist das absprechende Urtheil über dieselben mindestens verfrüht.

Doch es sei nicht zu sehr vorgegriffen. Zunächst bemerke ich im Gegenstande, dass meine Literaturangaben keinen Anspruch auf Vollständigkeit machen. Ich berücksichtige vorwiegend die österreichische Literatur und erwähne die deutsche nur soweit, als die geschichtliche Entwicklung, gewisse Streitfragen oder naheliegende Parallelen in Betracht kommen.

Eine sachliche Einschränkung des Stoffes ergibt sich insofern, als hier nothwendig jene Strafthaten ausser Betracht kommen müssen, zu welchen die Arbeitsscheu häufig mittelbar den Anstoss gibt (Strafthaten gegen das Eigenthum, gegen Leib und Leben, gegen die Staatsgewalt, Religion und Sittlichkeit). Nur ausnahmsweise soll dieser Zusammenhang gestreift werden. Im übrigen kommt jedoch nur die unmittelbare Bethätigung der Arbeitsscheu in Betracht, zunächst jene Hauptgruppe, welche sich im Landstreichen oder Müssiggang kundgibt und ihren Lebensunterhalt durch Bettel oder andere strafrechtswidrige Erwerbsquelle sucht. Dazu kommt als zweite Hauptgruppe der qualificirte Bettel Arbeitsunfähiger. Mit dieser Aufstellung, welche nicht blos dem praktischen Bedürfnisse, sondern auch dem historisch überkommenen Begriffe des „heim- und herrenlosen Vagabunden“ oder Gauners (siehe Berg a. a. O., S. 619 u. f.) am nächsten kommen dürfte, stehe ich im Gegensatz zu Hippel (Strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu), dessen künstlich construirter Begriff, Landstreicherei sei qualificirter Bettel, meiner Ansicht nach strafpolitisch unhaltbar ist, weil dadurch die subsidiäre Anwendung des Landstreicherbegriffes gegen landfahrende Diebe und Hochstapler und überhaupt Mangels Nachweises des Bettels unmöglich würde. Es gibt eben arbeitsscheue, stetem Müssiggange huldigende Verbrecher, wie es solche (trotz wiederholter Rückfälligkeit) gibt, die nicht arbeitsscheu sind, sondern nur, gewissermassen den Quartalsäufern vergleichbar, zeitweilig in das alte Laster verfallen. Fuhr (Strafrechtspflege und Socialpolitik) würde sie vielleicht unter seine Gelegenheitsverbrecher reihen müssen, obschon er dabei zunächst keine Eigenthumsverbrecher im Auge hat.

Digitized by Google

Eine Skizze der fesselnden, an Literaturangaben reichen Darstellung, welche Avé-Lallement (Das deutsche Gaunerthum, I.) gibt, sei vorausgeschickt. Er zeigt zunächst, wie sich in der heidnischen Zeit der alten Germanen ein Bettler- und Landstreicherthum nicht entwickeln konnte, da einerseits die einzigen Besitzlosen, die Unfreien, in der Familie lebten, mit dem Grund und Boden ihres Herrn verwachsen waren und deren Schutz genossen. Nur fremde Reisende und Geächtete kamen in Frage, aber auch sie mussten sich dem Landesgesetze und der Sitte unterwerfen. Erst das Christenthum schuf hier Wandel. Ursprünglich Träger des grossen Gedankens der Charitas, übte es bereits zur Zeit seiner Einführung in das Germanenthum eine unsinnige Begünstigung des Bettels durch zahllose fromme Stiftungen, welche wahllos an jeden Unterstützung gewährten. Schon der heilige Ambrosius *(De officiis minist., lib. 2, c. 16)* klagt „über die schrankenlose und kurzsichtige Freigebigkeit der Geistlichen und über die freche Unverschämtheit der zum Nachtheil der wahrhaft Hilfsbedürftigen in Haufen zuströmenden kerngesunden Vagabunden". „Schon sieht man, wie um die Kirchen sich alles bunt durcheinander drängt, Fromme, Mildthätige, Kaufleute, Bettler und Gesindel aller Art, das durch entlaufene Sclaven massenhaft verstärkt wurde, so dass die Concurrenz in den Städten zu gross wurde und nun auch die Frommen auf dem flachen Lande heimgesucht wurden." Diese ungesunden Verhältnisse wurden auf Deutschland übertragen. „Schon im fünften fränkischen Capitulare vom Jahre 806 wird von den Bettlern gesprochen, welche durch die Lande ziehen, wobei dann jedem Getreuen von Königs wegen befohlen wird, seine Armen zu Hause und zur Arbeit zu halten, und durchaus nicht zu leiden, dass sie anderswo hingehen, um zu betteln." Unter den sächsischen Kaisern kam die Entwicklung der Städte hinzu, wohin insbesonders flüchtige Knechte strömten, um ihre bisherige unfreie und verachtete Stellung mit dem Eintritt in Handwerke zu vertauschen und zu freien Bürgern zu werden. Der Zuwachs ging bald über das Mass des Bedürfnisses und ein Theil musste sich in der Nähe der schützenden Städte niederlassen oder streifte im Lande herum, um das Leben zu fristen oder sich auf Wegelagerei und Räuberei zu werfen. Dazu kamen das Raubritterthum, welchem „solche herrenlose Knechte, die nichts zu verlieren hatten, willkommene Raubgenossen" waren, sowie „fahrende Priester, fahrende Weiber, fahrende Kirchen- und Schullehrer, wandernde Handwerksgesellen, Marktschreier und Taschenspieler". Die Prostitution, auf welche später zurückgekommen werden soll, bildete sich aus. Zahlreiche Ehrlosigkeitserklärungen und Landesverweisungen, mit welchen sich ein Landesherr zu Schaden des anderen seiner gefährlichen Leute entledigte, und die entlassenen Soldaten thaten ein Uebriges. Zu ihnen stiessen die damals auftauchenden Zigeuner und viele der sich in Elend und Unterdrückung befindlichen Juden. Dieses Gesindel begann sich damals zu förmlichen Gilden zusammenzuthun und nahm

Digitized by Google

besondere Sitten und Gewohnheiten an, hatte sogar ihr eigenes Pseudorecht (Gerichtsstätte auf dem Kohlenberg bei Basel). Im fünfzehnten Jahrhundert begann man das fahrende Gesindel durch Anwerbung zu Soldtruppen zu lichten — jedoch ohne Erfolg (so Maximilian im Jahre 1490 gegen Ungarn). Zu Ende des 15. Jahrhunderts erschien das berühmte „*Liber Vagatorum*", eine Darstellung des Bettel- und Landstreicherunwesens sammt Vocabular „Rotwelsch". Gegen dieses Treiben waren die Behörden aller Art in ihrer Zersplitterung ohnmächtig, obwohl an den härtesten Strafbestimmungen kein Mangel war, mit Folter, Rad und Galgen gearbeitet wurde. Ich führe hier alle die reichen Einzelheiten nicht an, die Avé Lallement in seinem berühmt gewordenen Buche so anschaulich schildert; denn es würde mich dies allzusehr abseits von meinem Gegenstande bringen. Die unsinnigen und vielfach ungerechten Strafen brachten keine Heilung, sondern nur Furcht und Hass ein, die Bevölkerung versagte nach wie zuvor der Rechtspflege die Unterstützung, um es sich mit dem Gesindel nicht zu verderben.

Lallement kennzeichnet mit rücksichtsloser Schärfe die Ursache, wie sich in Deutschland dem tiefen sittlichen Gehalte der deutschen Natur zuwider, das fahrende Volk so massenhaft entwickeln konnte. Das dem Volksgeiste so sehr zusagende Christenthum wurde von der Hierarchie selbst in seinem inneren Wesen durch Ueberwucherung mit äusseren Formen, mit Mönchthum und mit Aberglauben herabgedrückt. Das wirthschaftliche Wesen wurde durch das Lehnswesen und die durch Karl den Grossen eingeleitete Versetzung der freien Bauern in Leibeigenschaft untergraben und musste sich in die aufblühenden Städte flüchten, in welchen allein das deutsche Wesen Pflege fand, und deren Verfassung zum Vorbilde der Staatsverwaltung geworden ist. Aber auch in die Städte drang bald Rohheit und Sinnlichkeit ein, wobei die höheren Stände und die Geistlichkeit mit schlechtem Beispiele vorangingen. Dazu kamen die furchtbaren Kriege, die das Reich verwüsteten und überallhin Verarmung und Nothstand trugen, so insbesonders der die fürchterlichsten Ausschreitungen zeitigende dreissigjährige Krieg und die Bauernaufstände. Lallement geiselt auch die hölzernen und ungeschickten Versuche, durch Verordnungen, Erbauungsschriften und Moralpredigten, durch polizeiliche und kirchliche Einmengungen in das Familienleben, den allgemeinen wirthschaftlichen und sittlichen Niedergang zu heilen. An Stelle der massenhaften Hinrichtungen trat im achtzehnten Jahrhundert die ebenso ungenügende Freiheitsstrafe. „Die humanere Richtung, der Ueberdruss an den massenhaften Hinrichtungen und vor allem die sichtlich vortretende Unmöglichkeit, die infolge geschärfterer Polizeivigilanz aufgefangenen Landstreicher und Gauner in bisheriger Weise abzuthun, hatte die Einrichtung von Armen-, Arbeits- und Zuchthäusern, sowie die Verwendung der schwersten Verbrecher zu Festungs- und öffentlichen Bauten zur Folge. Das auch noch heute trotz der eifrigsten Sorge noch nicht gelöste Problem

Digitized by Google

der richtigen Behandlung der Verbrecher in den Gefangenanstalten konnten in jener ersten Kindheit dieser Institute, wo es nur galt, die Verbrecher von der Aussenwelt abzusperren, gewiss noch nicht genügend gelöst werden. So kam in den Gefängnissen ein wüster Haufe von Individualitäten aus allen social-politischen Schichten zusammen, von denen jede die Verderbniss ihres Standes repräsentirte und ihre Theorie gegen die furchtbare Belehrung der anderen verworfenen Subjecte austauschte". Dabei blieb der Ausweg wie zuvor beliebt, Landstreicher in die Regimenter zu stecken oder den Nächstbesten für sie anzuwerben, der natürlich bald eine passende Gelegenheit fand, im Wege der Desertion sich wieder dem alten Leben zuzuwenden. In anziehender Schilderung zeigt Lallement, wie sich in der Folge das ganze arbeitsscheue Gelichter in anderer Methode seinem mannigfaltigen Gewerbe hingab, sich ebenso organisirte wie früher, aber ebenso lichtscheu, heimlich und tückisch geworden sei wie früher offen und gewaltthätig, bis am Schlusse dieser Periode aus Anlass der französischen Revolution urplötzlich das ganze, gewaltige Heer von verdorbenen Elementen aufstand und sich neuerdings zu Räuberbanden organisirte (insbesonders vom Rhein bis Holland), gegen welche dann wieder die schärfsten Strafmitteln in Anwendung kamen. Bestialität in jeder Richtung war die Begleiterscheinung dieser Banden und damals machte sich auch schon der Zusammenhang der schlecht überwachten Freudenhäuser mit dem Verbrecherthum geltend.

Als Beispiel der einseitig strengen Massregeln, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts ergriffen wurden, diene das bei Berg (a. a. O. S. 627) angeführte churbadische Edict vom 7. October 1804, welches wegen der überhandnehmenden Störung der öffentlichen Sicherheit und des frechen Herumstreichens so vielen liederlichen Gesindels, alle Gauner, auch herumstreichende Räuber oder Diebe auf 3 Jahre für rechtlos erklärt, Prämien auf den Kopf jedes durch Signalement Verfolgten ausschreibt und der Todesstrafe weitgehende Anwendung sichert.

Beherzigenswerth sind auch Avé-Lallement's Ausführungen gegen die sich heute wieder breitmachende Sucht, das Gaunerthum auf einen Typus zurückzuführen. Nur 2 Typen seien in Wahrheit gegeben gewesen, der jüdische und zigeunerische, und auch diese Beimengung war eine rein zufällige. Der farbige Typus der rein äusserlichen Erscheinung machte sich leicht erkenntlich, aber sie waren nicht der vorherrschende Theil der Masse, sogar das wunderliche Gemenge der Gaunersprache war vorwiegend deutsch mit seinen verschiedenen Mundarten (siehe a. a. O., I., 15 und das beigegebene umfassende Wörterbuch der Gaunersprache).

Avé-Lallement (I, S. 26 u. f.) führt eine (hier in neuer Rechtschreibung wiedergegebene) Stelle von Sebastian Münster (1489—1552, Cosmographie) an, nach welcher um 1417 die Zigeuner zum erstenmal in Deutschland gesehen worden sein sollen, „ein un-

Digitized by Google

geschaffen, schwarz, wüst und unflätig Volk, das sonderlich gern stielt, doch allermeist die Weiber, die also ihren Mannen zutragen". „Es hat kein Vaterland, zieht also müssig im Land umher, ernährt sich vom Stehlen, lebt wie ein Hund, ist keine Religion bei ihnen, ob sie schon ihre Kinder unter den Christen lassen taufen. Sie leben ohne Sorg, ziehen von einem Land in das andere, kommen über etliche Jahre herwieder. Doch theilen sie sich in viele Schaaren und verwechseln ihre Züge in die Länder. Sie nehmen auch Mann und Weib in allen Ländern, die sich zu ihnen begehren zu schlagen. Es ist ein seltsames und wüstes Volk, kann viel Sprache und ist dem Bauernvolk gar beschwerlich. Wann die armen Dorfleute im Felde sind, durchsuchen sie ihre Häuser und nehmen, was ihnen gefällt. Ihre alten Weiber ernähren sich mit Wahrsagen und dieweil sie den Fragenden Antwort geben, wie viel Kinder, Männer und Weiber sie werden haben, greifen sie mit wunderbarlicher Behendigkeit ihnen zum Säckel oder zu den Taschen und leeren sie, dass es die Person, deren solches begegnet, nicht gewahr wird." Avé-Lallement führt weiters eine Reihe von Stellen aus einem anderen Schriftsteller Del Rio (1551—1608, „*Disquis. magic.*") an, nach welchem schon damals die Zigeuner nicht mehr reinen Stammes waren, sondern ein Gesindel aus verwandten asiatischen Völkerschaften, welches sich dadurch vermehrt „dass sie untereinander in grosser Unzucht leben und dadurch viel Kinder zeugen, zum andern, dass sich allerlei loses, faules Gesindel, sowohl Mannes- als Weibspersonen zu ihnen schlagen, so entweder landräumig, vogelfrei oder mit der faulen Sucht beladen sind und nicht arbeiten wollen".

Diese Schilderungen entsprechen auffällig dem heutigen Stande der Dinge. Avé-Lallement hebt, wie schon erwähnt, mit Scharfblick hervor, dass, ungeachtet die Zigeuner infolge ihres besonderen Wesens den scharfen Typus des verbrecherischen Vagantenthums abgaben, sie doch niemals in das bürgerliche Verkehrsleben in Deutschland so tief eingedrungen seien, wie das christliche und jüdische Gaunerthum und daher immer nur eine Zuthat geblieben sind. Er schreibt dies einerseits der misstrauischen Behandlung und Verfolgung der Zigeuner zu, andererseits ihrer Auflösung in Familien und Einzelgruppen. Er erwähnt insbesonders auch eine zutreffende Kennzeichnung der Zigeuner bei W. H. Riehl (Naturgeschichte des Volkes, III. Band, S. 134), welcher dem Uebermass der Familienhaftigkeit die Vernichtung des historischen Geistes zuschreibt, so dass der Zigeuner so wenig eine Geschichte des eigenen Volkes als eine solche anderer Völker kennt. Der Zigeuner komme über eine Familien- und Stammesüberlieferung nicht hinaus. (Siehe auch Dr. Q. Pott, Die Zigeuner in Europa und Asien, auf welchen sich Avé-Lallement beruft.)

Wenn man die Geschichte des Gauner- und Landstreicherthums verfolgt, so ergibt sich ganz klar, dass es sich hier nicht um einen Typus, oder gar um ein geborenes Verbrecherthum handelte, sondern

Digitized by Google

in seiner Masse um die Auswüchse gesellschaftlicher Missstände, befördert durch ungenügende und ungeschickte Vorbeugungspolizei im weiteren Sinne und die jedes einheitliche Vorgehen hinderndo Kleinstaaterei.

Eine allerdings auf ein Einzelgebiet beschränkte, aber trotz Kürze der Darstellung sehr eingehende und auf urkundliche Belege gestützte Schilderung stammt aus neuester Zeit von Dr. Paul Frauenstädt (Bettel und Vagabundenwesen in Schlesien vom 16. bis 18. Jahrhundert, Zeitschr. f. ges. Strafrechtswissenschaft, 17, 712). Er leitet seine Darstellung mit der Anführung der von Karl dem Grossen gegen das Bettel- und Landstreicherwesen ergriffenen Massregeln ein (das dieser, nebenbei erwähnt, selber durch sein Feudalwesen mitverschuldet hatte). Verwendung von Zehenten zu Wohlthätigkeitszwecken, Schaffung von Armensteuern, Verpflichtung der von ihm abhängigen Grundherren, hilfsbedürftigen Hintersassen und Hörigen Unterhalt zu gewähren, waren solche Massregeln. Daneben verbot er, vagabundirende Bettler, sofern sie sich nicht zur Arbeitsleistung erboten, zu unterstützen.

Die Kritik Frauenstädt's an der Bettelbekämpfung des Mittelalters kommt im wesentlichen mit jener Avé-Lallement's überein, er führt unter anderem an, dass man mit den städtischen Bettelordnungen seit Ende des 14. Jahrhunderts nur suchte, „einige Ordnung in das Bettelwesen zu bringen und die einheimischen Bettler vor der Concurrenz der haufenweise von auswärts Zustömenden zu schützen, indem man Bestimmungen traf, wer zum Bettel in der Stadt berechtigt war und von welchen Voraussetzungen diese Berechtigung abhing". Frauenstädt erwähnt sodann, wie man zu Beginn der Reformation die Bettelbewilligung auf schwache und gebrechliche Leute einzuschränken begann, im Jahre 1490 auf dem Reichstage zu Lindau verordnet wurde, den Bettel nur schwachen und mit Gebrechen behafteten Personen zu gestatten, der Reichstagsabschied von 1530 dazu vorschrieb, dass jede Stadt und Gemeinde ihre Armen selbst ernähren und unterhalten solle, vorbehaltlich der Befugniss der Gemeindebehörden, ihre Ortsarmen mit Bettelpässen auf den auswärtigen Bettel zu schicken, wenn die Gemeindemittel zur örtlichen Armenpflege nicht ausreichen (ein für die naive Auffassung der Dinge kennzeichnender Zusatz). Nach Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechtes, §. 437, kamen noch der Reichsabschied von 1512 und die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 gegen Bettler in Betracht. Dort wie anderswo machte sich die beschränkte Auffassung geltend, die Armenpflege so billig als möglich vom Standpunkte des Gemeindesäckels zu lösen und die Sorge möglichst auf die Einzelnen zu überwälzen, mochten sich darob auch thatsächlich die Kosten verzehnfachen und mochte die Moral darunter noch so sehr leiden.

Frauenstädt's anschauliche Darstellung greift bereits auf vordem österreichisches Gebiet über und verweise ich daher auf meine spätere Darstellung der Arbeitsscheubekämpfung in Schlesien.

Digitized by Google

Auf diese Zeit, vielleicht auch auf die unsere, ist das Wort des Rechtslehrers und Dichters Heinrich Falkland (Franz Hofmann) zutreffend:

> Heimat! flehend begrüsst dich der Wand'rer, empfange ihn also,
> Dass in die Fremde hinaus nie ein Verlangen ihn treibt!

Weitere Schilderungen des Bettler- und Landstreicherunwesens finden sich bei Otto Fleischmann (Deutsches Vagabunden- und Verbrecherthum im 19. Jahrhundert), Rotering (Die negative Arbeit, Zeitschr. f. g. Strafr. 16, 199), Stursberg (Die Vagabundenfrage), Bertsch (Ueber Landstreicherei und Bettel, mit vielen Literaturangaben), Oettingen (Moralstatistik), Braune (Wider die Polizeiaufsicht, Zeitschr. f. g. Strafr., 1889, 807), Fuhr (Strafrechtspflege und Socialpolitik), in Bezug auf Zwangsarbeitsanstalten bei Hippel (a. a. O.), ferner sei auf Chevallerie (Bekämpfung der Bettelei und Vagabundage), Chuchell (Zum Kampf gegen Landstreicher und Bettler), Paul Köhne (Die Bestrafung des Bettels und der Vagabundage, Zeitschr. f. g. Strafr., 1889, S. 282, mit reicher Bezugnahme auf ausserdeutsche Gesetzgebung und Anwendung), Lentner (Bettelunfug und Bettelbetrug) u. A. verwiesen. Auf einzelne der genannten Schriftsteller und auf andere hier noch nicht erwähnte soll in der Folge des Oefteren zurückgekommen werden.

Meine Darstellung der Geschichte der Bekämpfung der Bettler- und Landstreicherplage in Oesterreich wird sich vorwiegend auf eine Anführung der bezüglichen Verordnungen beschränken. Sie geben für sich ein getreues Spiegelbild der Zustände, während die Sittenschilderungen der Zeitgenossen mehr oder minder an subjectiver Färbung leiden.

In meiner Darstellung wird man eine Behandlung der Prostitutionsfrage gänzlich missen, obgleich sie mit der Arbeitsscheu in einem allerdings nicht so engem Zusammenhange steht, als Viele vermeinen. Sie lässt sich aus ihrem natürlichen Zusammenhange mit dem Stande der Sittlichkeit und der Unzuchtsstrafthaten nicht loslösen und bedarf einer gemeinsamen Darstellung mit diesen. Ihre Hereinziehung würde nur das Bild verwirren.

2. Als ersten Zeitraum will ich die Zeit vor dem Zustandekommen des ersten einheitlichen Strafgesetzes, der Theresiana (1768), behandeln, da bis dahin die Bekämpfung der Arbeitsscheu in den einzelnen Kronländern vielfach einen ganz eigenartigen Weg einschlug. Es waren ja auch die Zustände und Verhältnisse eigenartig, und fehlte so ziemlich alles, was diese Länder als Gesammtstaat hätte erscheinen lassen. Daraus ergibt sich zugleich die Nothwendigkeit, den Stoff nach den einzelnen Ländern gesondert darzustellen. Ich verweise auf das, was Luschin-Ebengreuth in der Vorrede zu seiner Geschichte des älteren Gerichtswesens in Oesterreich ob und unter der Enns hervorhebt, dass man sich hüten müsse, vorschnell zu generalisiren, weil es die Eigenart der Entstehung des

Digitized by Google

österreichischen Kaiserstaates mit sich bringe, dass die einzelnen Länder ihre Besonderheiten boten. Als allgemeine Quellenwerke führe ich die Darstellung des Werdegangs der Gesetzgebung in des Genannten „Oesterreichischer Reichsgeschichte“ und Christian R. d'Elvert's „Weitere Beiträge zur österreichischen Rechtsgeschichte“ (1888) an.

Die zu Beginn des 19. Jahrhunderts herausgegebenen Sammlungen erstrecken sich auf die in die vortheresianische Zeit ragenden Vorschriften in zu geringem Umfange. Es gilt dies insbesonders von dem für die spätere Zeit ganz ausgezeichneten Sammelwerke von Chrysostomus Fauller (Gesetze, Verordnungen und Vorschriften für die Polizeiverwaltung im Kaiserthume Oesterreich, 1827) und F. L. E. Grafen Barth von Barthenheim (System der österr. administr. Polizey mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns). Der knapp gehaltene „Versuch einer Geschichte der österreichischen Strafgesetzgebung“ von Vollmayer (1804) gibt nur eine Uebersicht. Wesentlich sind die grossen Sammelwerke des 17. und 18. Jahrhunderts, deren ich in der Folge Erwähnung thun will.

Der Vollständigkeit halber schicke ich einige allgemeine Bemerkungen über die Geschichte der Strafgesetzgebung Oesterreichs voraus. Sie begann mit Maximilian I. Malefizordnung für Tirol vom 30. November 1499 und der Landgerichtsordnung für Oesterreich unter der Enns vom 21. August 1514, welche letztere unter Ferdinand I. eine Neuauflage vom 12. Jänner 1540 erlebte. In des Letzteren Regierungszeit fallen ferner die Landgerichtsordnungen für Krain vom 18. Februar 1535 und Oesterreich ob der Enns vom 1. October 1559. Mittlerweile war die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532 erschienen. Auf dieser und der Landgerichtsordnung für Niederösterreich beruhte Karl II. peinliche Gerichtsordnung für Steyer vom 24. December 1574 und die Landgerichtsordnung für Kärnten von 1577. Den Schluss dieser Particulargesetze machte die Landgerichtsordnung Ferdinand II. für Oesterreich ob der Enns vom 28. Jänner 1627, Ferdinand III. für Oesterreich unter der Enns vom 30. December 1656, Leopold I. für Oesterreich ob der Enns vom 14. August 1675 und Josef I. peinliche Handelsgerichtsordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien vom 16. Juli 1707. Auf die Anführung dieser Gesetze, welche nach ihrer Form den Anspruch auf Justizgesetze machen, beschränken sich die Lehrbücher des österreichischen Strafrechtes. Damit ist aber die Sache nicht abgethan, denn thatsächlich enthalten die alten Landesordnungen des 16. und 17. Jahrhunderts neben den Satzungen staatsrechtlichen Inhaltes, solche, welche sich auf das Civil- und Strafverfahren und auf das materielle Strafrecht beziehen, ausserdem solche polizeirechtlicher Natur im Sinne der heutigen Auffassung. Es gilt dies insbesonders von den Landesordnungen für Böhmen, Mähren und Schlesien, welche der Halsgerichtsordnung Josef I. vorausgingen, und für jene von Tirol, welche der Malefizordnung Maximilian des Ersten nachfolgten. (Ueber die älteren Halsgerichtsordnungen, siehe Wahlberg, „Die

Digitized by Google

Maximilianischen Halsgerichtsordnungen", gesammelte strafrechtliche Schriften, II, 86), nach welchem jener für Tirol von 1499 eine für Laibach 1514, jener für Oesterreich u. E. von 1514 solche für Oberösterreich 1559, Krain 1535, Kärnten 1597 nachgebildet sind.

Es sei zunächst die Entwicklung der Dinge in Niederösterreich und Oberösterreich erörtert.

Die Landgerichtsordnung Maximilian I. für Niederösterreich von 1514 (abgedruckt von Hye, Beitrag zur österreichischen Strafrechtsgeschichte, Zeitschr. f. österr. Rechtsg. u. pol. Ges., 1844) enthielt ebensowenig wie die Karolina besondere Bestimmungen gegen die Arbeitsscheu. Zu übersehen ist jedoch nicht, dass es sich in diesen Gesetzen nur um die schweren Strafthaten (Malefiz) handelte. In der That fällt in diese Zeit das Patent Ferdinand I. von 1524, welches für Niederösterreich verordnete, dass alle Arbeitsscheuen, welche arbeitsfähig seien, jedoch nicht arbeiten wollen, obgleich wegen der Türkenkriege Arbeit genug wäre, binnen 6 Tagen das Land zu verlassen hätten, widrigens sie einzuziehen und an Leib und Leben zu strafen wären.

Anders steht es bereits mit der weit ausführlicheren und selbständigeren Landgerichtsordnung des Erzherzogthums Oesterreich unter der Enns Ferdinand III. vom 30. September 1656, welche sich ihren Stoff in genau 100 Artikeln eingetheilt hatte. Aus diesen ist hervorzuheben 49. Artikel, §. 5, Abs. 5, „ausser Uns und unserer Landsfürstlichen Regierung kann kein Landgericht einem Uebelthäter das Land, sondern allein das Landgericht, Stadt oder Burgfrieden verweisen". Ferner galt als „Anzeigung" bei der Brandlegung (83. Art.) „wenn der Verdächtige ein landstreichender Müssiggänger, gartender Landsknecht, schweifender Steigbettler, Zigeuner oder sonst eine Person wäre, zu der man sich dergleichen Uebel versehen möchte", beim Diebstahl (84. Art.) „wenn der Verdächtige eine faullenzende, herrenlose und insgemein wegen Diebstahls beschreite Person oder starker, gesunder Bettler, Zigeuner oder dergleichen Landfahrer wäre, also dass man sich gegen ihn des Diebstahls versehen könnte", beim Strassenraub (86. Art.) „wenn verdächtige Gesellen, sie seien Reisige, Fussknecht, Zigeuner oder sonst herrenloses und landstreichendes Gesindel in Wirthshäusern liegen, kostbarlich zehren und nicht redliche Dienste, Handtirung oder Mittel, davon sie solche Zehrung ziemlich thun mögen, anzeigen können". Der 98. Artikel „Was einem Landgericht zur Zeit eines grassirenden Uebels, als da die Zigeuner, Brenner oder andere schädliche Leut im Land vermerkt werden, zu thun sei", handelt unmittelbar von unserem Gegenstande. „Weil durch diese landschädlichen Leute unsere Unterthanen vielmals hart belästigt worden; als haben unsere lobseligste Vorfahrer, wie auch nicht weniger Wir erst neulich durch gemessene scharfe Generalien unter dato 16. Juni des abgewichenen 1654 Jahres allen Landgerichten und Obrigkeiten mit Ernst befohlen, auf dieselbe ein wachsames Auge zu haben, auch da sie in dem Land betreten

Digitized by Google

würden, deren Person sonderlich wann sie sich zur Wehre stellen, mitsamt allen den ihrigen Preis gegeben, selbige zu verhaften und gegen dieselben mit geziemender Strafe zu verfahren. §. 1. Es soll auch allen und jeden Obrigkeiten, diesem bösen Gesindel wegen ihres vorgebenen Wohlverhaltens Passirzettel (welche Wir hiemit für kraftlos und nichtig erklären) zu ertheilen bei unserer hohen Strafe und Ungnad verboten sein, alles nach Ausweisung unseres obbemeldeten Generalmandats. §. 2. Wegen der Brenner soll man das Landgericht durchsuchen, Wächter bestellen und alles fleissig auskundschaften lassen. §. 3. Auf die Bettler, gartende Landsknecht und andere dergleichen müssig umschweifende Leute aber wohl acht haben, ihre Zeugnisse und Passporten abfordern, examiniren und da sie eines falschen verdächtig sind, an den Ort schreiben, wo sie ausgefertigt worden, sich dessen erkundigen, inzwischen aber die Verdächtigen in leidentlicher Versicherung behalten." (Auf die Bestimmungen dieser Landgerichtsordnung über Urfehdebruch soll in der Folge zurückgekommen werden.)

Die Landgerichtsordnung Ferdinand I. für Oberösterreich vom 1. October 1559 bestimmte unter der Aufschrift: „Von wegen der Pöllerey, muetwilligen, auch umblauffenden Gesindt und verpoten Wöhren." „Es soll auch der Landtrichter im Gericht keine müssiggehende Person, als Landsknechte, umlaufende Hausirer, verdächtige und unbekannte Bettler und alle ledigen Knechte, die sich ausser Dienst enthalten (= aufhalten) und in Gerichten fürkaufen (= Handel treiben) nicht gedulden, sondern gegen sie mit ernstlicher Strafe verfahren."

Die neue Landgerichtsordnung Leopold I. für Oberösterreich vom 14. August 1675 hatte im Art. 38 des 3. Theiles eine dem Art. 98 der Ferdinandea gleichlautende Bestimmung.

Im Rahmen dieser Strafgesetze, wenn man sie so nennen darf, erging eine Fluth von Vorschriften. Von Vollmayer wird eine Verordnung Rudolf II. vom 23. Jänner 1606 gegen abgedankte herumstreichende Soldaten angeführt „welche in die Dörfer einfallen, plündern und rauben". Ihr folgten zwei Verordnungen Mathias II. vom 3. Juli 1609 und 30. August 1611 wieder das Hausiren, Plündern und Rauben des abgedankten Kriegsvolkes und herrenlosen Gesindels und die Patente Ferdinand III. vom 2. März 1638, 30. April 1639, 16. Juni 1654 und 15. Jänner 1655 mit scharfen Massregeln gegen Zigeuner, die im Falle der Widersetzung gegen Abschaffung oder Anhaltung mit Leib und Gut für vogelfrei erklärt wurden. Erst in diese Zeit fällt der Beginn der grossen Sammlungen, welche sich zunächst auf Niederösterreich beziehen, aber vielfach über dieses Gebiet hinausgehen. Eine umfassende Sammlung dieser Art ist die von Franz Josef Bratsch, niederösterreichischen Regierungsrath in Justizsachen, anno 1751 zur peinlichen Landgerichtsordnung Ferdinand III. für Oesterreich unter der Enns vom 30. December 1656 „dienliche Anweisungen und nutzliche Anmerckungen, wie auch alle hierüber

Digitized by Google

weiters ergangene Hofresolutionen, Patenten, Generalien und Novellen, dann verschiedene Praejudicien und Entscheidungen, deren *in Criminalibus* vorfallenden Fragen nach denen Articulen in der Ordnung eingetheilet und zusammengetragen". Obgleich er selbst in der Vorrede an den geneigten Leser beginnt „Nachdeme bekanter Massen von denen peinlichen Land-Gerichts-Fällen unzahlbare Bücher im Druck heraus gegeben worden, scheinet dieses Werk ein unnutz und aufgewärmte Speis zu seyn", so ist dies zwar nicht der Fall, aber für unsere Frage stellt die Sammlung gegenüber dem *Codex austriacus* keine Fundgrube dar. Dasselbe gilt von den *Consultationes Austriacae* von Johann Suttinger (1716), aus welchem der *Codex austriacus* geschöpft hat.

Der im Jahre 1704 begonnene *Codex austriacus* wird von dem Begründer Franz Antoni Edlen Herr von Guarient ebenfalls mit einer der damaligen Sitte entsprechenden, überschwänglichen Einleitung versehen, deren Eingangsworte ich erwähnen will: „Die beede Saulen, durch welche der Politische Himmel zu Erhaltung deß Universi unterstützet ist, seynd die Gesätze und die Waffen, deren eines ohne dem anderen, ohne beeden aber das Gemeine Wesen nicht bestehen mag. Dann gleich wie auff denen durch die Göttliche Weißheit der Menschlichen Wesenheit eingepflantzten Gebotten die fürtrefflichste Tugend der Gerechtigkeit gegründet ist, also seynd die Gesätze die höchste Zier der Regierungen; und das Leben deren Regenten und Unterthanen, wordurch sie beederseits mehr dann durch die Fruchtbarkeit deß Lands und Gesundheit deß Luffts erhalten werden; wie dessen Gezeugnuß gibt Aristoteles, *Justitia Regentis est utilior subsditis, quam fertilitas temporis: hinc enim solatium pauperum, hinc hereditas filiorum etc.*"

Die Sammlung enthält in zwei Theilen, wie erwähnt, blos die „in das Justiz- und Polizeiwesen und was einem oder andern anhängig ist, einlaufenden Generalien, Patenten, Ordnungen, Rescripten, Resolutionen, Edicten, Decreten, und Mandaten, wie auch in *Publicis, Politicis, Civilibus* und *Criminalibus* emanirten Statuten und Satzungen; so viel solche insonderheit beede Erzherzogthümer Oesterreich unter und ob der Enns betreffen und sowol aus verschiedenen Registraturen, Kanzleien, Generalbüchern als beglaubigten Manuscripten dermahlen zu erwerben und aufzubringen gewesen, zu gemeinsamen Nutzen mit besonderem Fleiß zusammengetragen und das erstemal in Druck gelassen". Sie wurde dann von Sebastian Gottlieb Herrenleben fortgesetzt, indem der dritte 1748 erschienene Band bis 1720 reicht und ausserdem viele ältere Vorschriften nachgetragen sind, der vierte Theil aber, 1752 herausgegeben, bis 1740, dem Tode Karl VI., reicht.

Es sei eine bei Suttinger abgedruckte Verordnung vom 7. Juli 1651 vorausgeschickt, welche der beschwornen Urfehde erwähnt, die dem Land- und Burgfriedensverwiesenen aufzuerlegen war, und verordnet, dass dem Verwiesenen schon im Urtheile eine bestimmte Strafe für den Fall des Urfehdbruches anzudrohen sei.

Digitized by Google

Ich schicke sie deshalb voraus, weil besagte Urfehde und die Strafe ihres Bruches in der Folge vielfach die Hauptsache gegen fremde Landstreicher bildete. Auf die Gefahr hin, Bekanntes wiederzugeben, möchte ich unter Berufung auf Wilda (Strafrecht der Germanen, 184—195) erwähnen, dass die Urfehde derart aus der Fehde entstanden ist, dass die Verwandten eines Diebes, welcher getödtet oder ausgeliefert wurde, verbunden waren, dem Ergreifer zu geloben, dass sie ihn nicht als Feind verfolgen, keine Fehde anstellen wollen, denn einen Dieb zu rächen, war bei den Germanen unzulässig. Daraus entwickelte sich allmälig die Urfehde in Bezug auf die Verfolgung von Verbrechern im Allgemeinen, sie musste insbesonders dem Gerichte geschworen werden, und zwar vor allem seitens der Freigelassenen wegen der ausgestandenen Haft (und später der Tortur). Viel späteren Ursprungs war die Urfehde des Verwiesenen, das Gelöbniss, nicht wiederzukehren.

Eine weitere Bemerkung dürfte nöthig sein. Das in der Folge oft vorkommende „Garten" bedeutete ursprünglich das befugte Betteln der herrenlosen Landsknechte (Gartknechte, angeblich von Garde), wurde aber später mit dem Bettel im allgemeinen vermengt.

Umfassend ist die Resolution vom 15. Jänner 1655. Auch hier ist der Eingang bezeichnend. „So müssen wir doch nicht ohne sonderbares Missfallen vernehmen, dass die Landgerichts-, Burgfried- und Grundobrigkeiten in Vollziehung dieser so mehrfältig dem Land und dessen Inwohnern zu guten vermeinten Verordnungen (d. i. der vorausgegangenen) gar einen schlechten Ernst und Eifer erzeigen, die höchstnothwendige öftere Visitation der Landgericht und Burgfried entweder gänzlich unterlassen oder doch nicht mit gehöriger Ordnung vornehmen, den verdächtigen und herrenlosen Personen in ihren Gebieten ohne alle Rechtfertigung den Unterschleif gestatten, einander mit der etwa bedürftigen Hilfe und Assistenz nicht beispringen, die zu bequemlicher Aufenthaltung des strafbaren Gesindels aufkommende und sehr zunehmende, doch verbotene heimliche Leutgeb und Winkelwirthschaften ungescheut passiren und ihr Amt genugsam gehandelt zu haben vermeinen, wenn sie sich nur in den nutzbaren Fällen ihrer Jurisdiction gebrauchen, im übrigen aber die dem Land und gemeinen Wesen schädlichen Leut ohne alle Bestrafung aus ihren Gebieten ab und anderen über den Hals schicken, damit sie sich allein ihrer Ungelegenheit und des erfordernden Unkostens entladen können." Es werden daher in erster Linie die Visitationen an verdächtigen Orten, das Einvernehmen mit den benachbarten Obrigkeiten und die Verhaftung der Verdächtigen anbefohlen. „Nachdem wir auch vernommen, dass sich die dienstlosen Schergen, Freileute und Abdecker oder Wasenmeister, auch unter derselben Namen ausgerissene Soldaten, starke Bettler und dergleichen haufenweise zusammenrottiren, in grosser Zahl herumschweifen, bei dem armen Mann auf dem Lande mit Abnöthigung unerschwinglicher Gaben, Gewaltthätigkeiten, Einlauf und Plünderung der ein-

Digitized by Google

schichtig gelegenen Häuser, auch mit nächtlichem Einbruch, Brennen und Mordthaten höchstbeschwerliche Insolenzen verüben, also wollen Wir dergleichen Personen das Gartgehen hiemit gänzlich eingestellt und verboten, auch sowohl den Landgerichts und Burgfrieds als Grundobrigkeiten alles Ernstes befohlen haben, dass zum Fall sich eine oder der andere nach Publicirung dieses mit dergleichen Durchstreifung des Landes weiter betreten liesse, derselbe alsobald in Verhaft genommen und alsdann entweder von selbigen Ortsobrigkeiten selbst in Eisen und Banden zu offener Arbeit angehalten oder, da dieselben ihnen keine Arbeit zu geben hätten, anher nach Wien zu unsern Hofbauschreiberamt gestellt, diejenigen aber, auf welche ein maleficisches Verbrechen dargethan, mit verdienter Rechtfertigung und Bestrafung aus dem Wege geräumt werden sollen." Man solle jedoch mit Hilfebedürftigen (beschädigten Soldaten und anderen Arbeitsunfähigen) einen Unterschied machen, nur unwürdige Bettler seien nicht zu dulden. Ein Patent vom 27. Juni 1672 schreibt vor, dass „auf dergleichen herumvagirendes schädliches Gesindel mit allem Ernst inquirirt, selbiges aufgefangen und von Landgericht zu Landgericht, auch endlich hieher (Wien) geliefert werden, welche sodann zufolge unserer gnädigsten Resolution gegen Reichung der nothwendigen Lebensmittel zu den Fortificationen und Schanzgebäuen angehalten und gebraucht werden sollen".

Mit dem Generale vom 12. October 1696 wurde für Wien, wo sich „wiederum eine sehr grosse Menge unterschiedlicher fremder Gassenstreicher" eingefunden habe, eine „Beschreibung" aller verdächtigen Leute seitens der Unterstandsgeber veranlasst, um das „vorhandene unnütze und gefährliche Gesindel" abschaffen zu können. Es war dies das Meldewesen in seiner ersten Kindheit. Die Vorschrift einer Beschreibung der Fremden finden wir übrigens auch in dem gegen Rumorhändel erlassenen Patent vom 6. November 1666, welches übrigens auch die Abschaffung des kecken Gesindels, der unwürdigen Bettler und des herrenlos umherschweifenden Gesindels von Wien verordnet (ebenso in den anderen, gegen Rumorhändel erlassenen Vorschriften).

Ein Patent vom 17. März 1673 richtet sich gegen Zusammenrottung von herrenlosem Gesindel, meistens Schäflerknechte, jedoch vorwiegend mit Bezug auf verübte Brandlegungen, Raubanfälle und Mordthaten. Am 19. November 1704 hiess es, „dass ausser Zweifel durch lauter schlimmes, dem Müssiggang ergebenes, zusammenrottirtes und häufig im Lande herumvagirende Zigeuner, Schäfler, Schergen, Abdecker, Landgerichtsdiener, ja wohl auch abgedankte Soldaten und anderes unnützes Gesindel das ganze Land dergestalt in Unsicherheit gesetzt werden will, dass wegen continuirlichen rauben, plündern und morden, bald Niemand mehr reisen kann, mithin zu Unseren und des gemeinen Wesens höchsten Nachtheil und Schaden, Wege und Stege, Gassen und Strassen unwandelbar gemacht werden". Es wurde wieder gemeinsames Vorgehen angeordnet, insbesonders, den abge-

Digitized by Google

dankten Soldaten Wehr und Waffen abzunehmen und sie nicht rottiren zu lassen.

Da dies wieder nichts gefruchtet zu haben scheint, erging für Nieder- und Oberösterreich das Patent vom 15. December 1705, der neben einer fast wörtlichen Wiederholung der früheren Vorschriften (citirt sind 1638, 1639, 1654, 1655, 1671, 1688, 1689, 1696, 1704) eine Visitationsordnung enthält. (Diese Visitationen waren nichts neues, es sei insbesonders auf das Patent vom 7. August 1650 für Böhmen verwiesen, mit welchem Streifungen gegen Räuberbanden angeordnet wurden.) In dem Patente von 1705 heisst es: „Und damit dieses landschädliche und heillose Gesindel umsoviel weniger zunehmen möge, sondern vielmehr *in totum* ausgerottet werde, so haben wir über angezogen vorjährige emanirte Generalpatente, welche hiemit allerdings wiederholt und confirmirt werden, noch ferner statuirt, dass: I. Alle Landgerichte von viertel zu viertel Jahr, in ihren Districten durchgehends wohl visitiren und zu dem Ende II. Sowohl mit dem Burgfried, Dorf- und Grundobrigkeiten, wann selbe die Visitationen vornehmen wollen, sich in aller Stille eines gewissen Tages entschliessen und sodann unversehens alle Orte und Wälder durchgehen, und auf Betreten dergleichen Gesindel sogleich in Verhaft ziehen und obangeführtermassen mit ihnen zu verfahren, auch hievon III. zu desto füglicher Effectuirung dessen mit den angelegenen Ländern Böhmen und Mähren, auch andern Grenzen, diesfalls nöthige und fleissige Correspondenz pflegen; und damit dieses dem gemeinen Wesen zum Besten angeordnete Absehen keineswegs gehindert werde, so wollen wir, dass IV. den Landgerichten alle angelegenen Städte, Märkte und Dorfschaften mit Anzeigen, Rath und That ungesäumt an die Hand gehen; und zum Falle in solch oder anderer Durchsuchung der Wälder dergleichen Zigeuner oder anderes liederliches Gesindel verfolgt und selbes nothwendig durch andere Landgerichte geschehen müsse, es nicht allein unverwehrt zugelassen, sondern auch hiezu alle Assistenz geleistet werden, welches jedoch jedem an der landgerichtlichen Jurisdiction in allweg ohne Präjudiz sein solle. Und daher V. auf fremde Personen und derlei Vaganten, da deren mehr mit einander herumziehen, gute Obsicht haben; deswegen Wir VI. hiemit das Gartengehen oder betteln der gesunden und starken herrenlosen Leute und Bettler *per expressum* verbieten, um hiedurch allen Vorwand und Unterschleif gänzlich aufheben; wie dann VII. Alle diejenigen, so sich zu den Zigeunern freiwillig gesellen und mit ihnen erwischt, zum Falle sie hiezu nicht wären gezwungen worden, aber mit gleicher Strafe, wie die Zigeuner, nach den bereits publicirten Generalien angesehen werden, nämlich (folgen die in dem Generalpatent vom 22. November 1689 festgesetzten Strafen, siehe später bei den Massregeln gegen Zigeuner).“ Mit 31. October 1719 war bereits wieder eine Einschärfung nothwendig.

Die Ergänzung fanden diese Visitationsvorschriften schon damals in den Hausvisitationen der Städte. In dieser Richtung erging

Digitized by Google

für Wien die Verordnung vom 26. Februar 1707: „I. Wird sich der Gassencommissarius bei dem Hausherrn oder in Abwesenheit bei dessen zur Obsicht des Hauses bestellten Hausmeister oder anderen Bedienten anzumelden; dieser aber II. mit dem Gassencommissario zu allen inwohnenden Parteien von Zimmer zu Zimmer, unverweigerlich auf und abgehen und solchergestalt III. von allen und jeden Hausbestand- oder Quartiersinhabern, worunter auch die Juden verstanden und begriffen, eine genaue Specification aller Leute, welche ein jeder in seinem Brod hat, unverlängt abfordern, und solche Specificationes also eingerichtet sein, dass vom ersten bis zum letzten, Herr, Frau, Kinder, Bediente, Knechte, Mägde und Jungen bedeutlich, auch Kost- und Bettgeher mit Namen und Zunamen, auch Alter, Vaterland und Profession, ingleichen wie lang sie sich allhier befinden und noch zu verbleiben willens, auf das genaueste aufgezeichnet; mit diesem auch IV. also continuiret werden, dass ein jedweder Haus-, Quartier- oder Bestandinhaber, wie auch die Juden, so oft sich in ihren Wohn- oder Quartier zimmer einige Veränderung an Bedienten, Dienstboten, Kost- und Bettgehern zuträgt, oder fremde Leute zu ihnen in die Zimmer kommen, was für eine selbe sind, ob sie sich noch allda aufhalten oder hinweg und wohin gegangen, was ihre Verrichtung gewesen, auch der Anwesenden Thun und Lassen annoch sei, auf gewissen, gleich den gedruckten und zu einem Modell eigens verfassten Zetteln, ordentlich anotiren und selbe sodann bei der in Sachen verordneten Inquisitionscommission also gewiss einreichen, als im widrigen wider die Uebertreter mit unausbleiblicher schwerer Bestrafung verfahren werden; benebenst V. alle in und vor der Stadt sich befindenden Wirthe und Gastgeber dahin gehalten seien, täglich diejenigen Personen, so sie bei ihnen einkehren oder hinwiederum abreisen, mit Tauf-, Zunamen und Condition, auf gewissen gleich den zu einer Richtschnur dienenden gedruckten Zetteln specifiren und obgedachter Inquisitionscommission allstets Abends einschicken, auch Niemand, so seinen Namen und Condition nicht sagen will, bei ebenfalls schwerer Bestrafung zu sich in das Quartier nehmen; und endlich VI. die Gassencommissarien dahin ernstlich verbunden sein, dass sofern sich einige Haus-, Quartier- oder Bestandinhaber in oder vor der Stadt, was Jurisdiction und Instanz sie auch immer sein mögen, dieser Unserer allergnädigsten Verordnung mit der geringsten Weigerung zu begegnen sich vermessen dürften, selbige sogleich den Viertelcommissären, diese aber oberwähnt in Sachen angeordneter Inquisitionscommission zur Vorkehrung des weiteren ohne Unterschied anzeigen sollen; wonach sich ein jeder zu richten und vor Schaden zu hüten wissen wird."

Mit Patent vom 22. Nov. 1710 wurde zur „Ausrottung des landverderblichen Zigeuner- und andern bannisirten herumstreifend herrenlosen Gesindels" sehr entschiedenen Tones anbefohlen, „ohne geringsten Vorschub, bei wirklichem Verlust eurer Landgerichtsherrlichkeiten mit den benachbarten Landgerichten und wo es nöthig, mit Unseren Mährisch und Böhmischen Kreishauptleuten und gegen

Digitized by Google

Unser Königreich Ungarn mit den Ober- und Vicegespannschaften zeitlich vornehmen, folgends zugleich von ein als anderer Seite, mit aufgebotener genugsamer Mannschaft, *armata manu*, auf sie dringen, die sich wehrenden todt schiessen, die anderen gefangen nehmen." Gegen Nachlässigkeit und Widerspenstigkeit wurde „schwere Gut-, Leib- und nach Befund der Umstände Lebensstrafe, wider die Landgerichtsherrn aber bemeldetermassen mit Benehmung deren Landgerichtlichen Jurisdiction, auch nach Befund der Sachen noch mit anderen schweren Strafen unverschonter zu verfahren" angedroht. Polizeiwesen und Strafrechtspflege konnte eben bei der verzettelten und selbstsüchtigen Feudalwirthschaft nicht gedeihen.

Eine oberösterreichische Statthaltereiverordnung vom 12. September 1721 hiess auf die Landstreicher zu achten und erwähnte solche, welche ohne beglaubigte Atteste ihres Geschäftes und Profession „mit Säbeln oder Geschütz bewaffnet, einzeln, paar- oder schaarweis durchwandern", sie waren dingfest zu machen, zu entwaffnen und dem nächsten Landgericht einzuliefern.

Eine Vorschrift besonderer Art ist die mit 25. Mai 1715 angeordnete Abschaffung „fremder und ausländischer Priester und Geistlichen, auch Nonnen", die sich „unter mannigfaltigem leeren und unwahrhaften Vorwand anher verfügen, auch deren je mehr und mehr täglich sich einfinden, welche sodann in der Stadt und den Vorstädten hin und wieder in abgelegenen schlechten Orten wohnen, und andere, da sie aus anderen Bisthümern wegen ihres üblen Verhaltens bannisirt und relegirt worden, in Wien ihr Asylum und Zuflucht nehmen wollen, allhier aber eben dero vorhin übelgesitteten Lebensart keiner Dingen ändern, sondern fortführen, ja öfter zu ungemeiner Aergerniss Laster mit Lastern häufen thun".

Es dürfte erwähnenswerth sein, dass über das Brechen der anlässlich der Landesverweisung geschwornen Urfehde (nicht mehr zurückzukehren) in der erwähnten Landgerichtsordnung Ferdinand III., Art. 92 folgende (mit dem Art. 108 der Carolina verwandte) Bestimmung enthalten war: „§. 1. Bricht einer eine geschworne Urphed mit Sachen und Thaten, darumb er ohne das am Leben zustraffen wäre, dieselbe Tods-Straff solle an ihme vollbracht werden. §. 2. So aber einer ein Urphed mit Sachen, darumb er das Leben nicht verwürckt hat, fürsetzlich und freventlich bräche, der solle erstens als ein Meineydiger mit einem ganzen Schilling, zum andertenmal mit Abhauung der Hand oder Finger, mit welcher er geschworen, drittens mit dem Schwerdt vom Leben zum Todt gerichtet werden."

Die Urfehde konnte darauf lauten, dass der in Untersuchung gezogene, aber nicht verurtheilte oder landsverwiesene und in eine „*extra ordinari*" Strafe verurtheilte, oder begnadigte zu schwören hatte, er werde sich über die Untersuchung in keiner Weise an der Obrigkeit oder ihren Unterthanen rächen (Art. 56 L. G. O.) — von dem Schwur der Nichtrückkehr bei Landesverweisung ist nicht ausdrücklich die Sprache. (Aehnlich III. Art. 32 der Landgerichtsordnung Leo-

Digitized by Google

pold I., jedoch erwähnt II. Art. 45, §. 14 bereits der Urfehdeschwörung bei Landgerichts-, Stadt- und Burgfriedsverweisung.)

Die Verordnung vom 7. Jännner 1716 bemerkt nun ausstellig, dass die Vorschrift der Landgerichtsordnung nicht mehr gehandhabt werde, indem solche, die des Landes Oesterreich oder eines Landgerichtes auf ewig verwiesen worden seien, entweder gar nicht fortgehen oder wieder zurückkehren und im Falle ihrer Betretung lediglich, wie bei der Verweisung nach Verabfolgung eines Schillings und neuerlicher Urfehdschwörung nochmals verwiesen werden. Es wird eingeschärft, dass in den Fällen, in welchen eine Urfehde nicht in Sachen ergangen sei, in welchen ohnehin das Leben verwirkt war, ein Mann „das erstemal als ein Meineidiger mit einem ganzen Schilling, zum zweitenmal aber nicht zwar, wie in gedachter Landgerichtsordnung vorgesehen, mit Abhauung der Hand oder Finger, mit welchen er geschworen und wodurch er zu aller Arbeit untüchtig würde, sondern auf die Galeeren eine Zeit lang, welche nach Beschaffenheit des von dem Urfehdbrecher begangenen Lasters zu bestimmen ist, nebst nochmaliger Abschwörung der Urfehde und Landes- oder Gerichtsverweisung verdammt werden soll. Im Falle aber nach vollendeter Galeerenstrafe oder da er mittlerweile entlassen oder sonst durchgekommen wäre. abermalen das Land oder Landgericht, dessen er verwiesen worden, urfehdbrüchig betreten würde, derselbe sodann mit dem Schwert vom Leben zum Tode hinzurichten sei. Betreffend die Weibspersonen, welche die Urfehd brechen. wollen Wir es bei der Landgerichtsordnung denselben in Tod verwirkenden Fällen aufgesetzten Todestrafe, in Sachen aber, darum sie das Leben nicht verwirkt, bei dem eine Zeit lang üblichen Gebrauch, der bei der ersten und anderen Urfehdbrechung dictirten Ruthenstrafe, zum drittenmal aber verhängten Schwertstrafe, der Zeit und zwar bis auf Unsere weitere allergnädigste Entschliessung, noch bewenden lassen". Mit 11. Februar desselben Jahres (für Oberösterreich 15. Februar) wurde jedoch auf eine Anfrage hin die Vorschrift geändert. Die Erfahrung habe nämlich gezeigt, dass manche aus Bosheit zurückkehren, manche aber „wegen der ihnen auf dem Rücken folgenden Infamia, auch anderwärts einem ehrlichen Gewerb oder Hantirung nicht leicht vorstehen oder dabei unterkommen mögen". Es wären deshalb „junge, starke, bei mittlerem oder auch mehrerem Alter sich befindende und sonst zur Ruderbank taugliche" Mannespersonen schon nach der ersten Ruthenstrafe zur Galeerenstrafe zu verurtheilen. Sei ein Urfehdebruch bei Verweisung ohne gleichzeitige Strafverhängung erfolgt, dann solle vorerst öffentliche Arbeit oder Grenzhaus mit Verweisung erfolgen. Mit 28. November 1716 wurde angeordnet, „dass in künftig den Relegirten der Buchstabe R, den auf die Galeeren Verdammmten aber der Buchstabe G auf den Rücken geschröpft und zum künftigen Merkmal Pulver darein gerieben werden soll", weil sich herausgestellt hatte, dass die Landesverweisung oft abgeleugnet wurde. Endlich wurde am 8. Juni 1720 (für Nieder- und Oberösterreich) aus dem gleichen

Digitized by Google

Grunde zur Erschwerung der Rückkehr von wegen landgerichtsmässigen Verbrechen Verwiesenen dreimalige Ausstellung auf öffentlicher Bühne bei verschiedenen Wochenmärkten vorgeschrieben (mit einem angehefteten, Verbrechen und Strafe enthaltenden Zettel). Urfehdebuch nach 2maliger Abstrafung zu den Galeeren wurde mit dem Tode bedroht (Resol. v. 1. Sept. 1721).

Aus der Resolution vom 13. August 1726 geht nun hervor, dass thatsächlich gegen Arbeitsscheu mit der Verweisung und Auferlegung der Urfehde vorgegangen wurde und „hiedurch zur Brechung der Urfehde und zu der letzlich darauffolgenden Todesstrafe eine voreilige Ursache öfters an die Hand gegeben", ohne dass dies zur Säuberung von dem Gesindel beigetragen habe, daher wurde angeordnet, dass „die im Betteln herumvagirend oder in anderen, jedoch nicht landgerichtlichen Excessen betretenen Personen zur Abschwörung der Urfehde niemals angehalten" werden sollten. Die eigentlichen Arbeitsscheustrafthaten (Landstreicherei und Bettel) waren nicht landgerichtlich, sondern den Dorfobrigkeiten (wo solche noch bestanden, siehe die Satzung Leopold I. *„de juribus incorporalibus"*, 3. Titel), beziehungsweise der Grundobrigkeit, d. h. dem Grundherrn unterworfen.

Am 30. September 1721 erging eine seitenlange Verordnung, mit welcher neuerdings Visitation auf dem Lande und in der Stadt angeordnet wurden und so weiter mit 19. Juni 1722, 27. September, 27. October, 11. November, 5. December 1723, 24. Jänner und 13. April 1724. Bemerkenswerth ist nur, dass mit 11. November 1723 einige Verlegenheit entstanden war, was mit jenen Arbeitsunfähigen zu geschehen habe, die ihren Geburtsort nicht kennen oder im „Durchzug *vagis Parentibus*" erzeugt worden sind. Man entschied vorläufig, dass sie bis zur Einholung des Gutachtens der Landstände von der Grundobrigkeit des Anhaltungsortes zu erhalten seien, und schliesslich mit 17. Jänner 1724, dass sie von den Landgerichten den Ortsobrigkeiten ihres Sprengels „nach billiger Repartition" zuzuschieben und von diesen zu erhalten seien. Eine weitere Schwierigkeit machten die fremden, aber im inländischen Kriegsdienste „krummgeschossenen" Soldaten mit ihren Weibern, und mit 24. Jänner 1724 wurde anbefohlen, sie nicht in's Ausland zu schieben, wo man sonst desgleichen thun würde, man solle sie in Böhmen betteln lassen, in der Hoffnung, dass sie sich selbst in's Ausland betteln werden, ohne dadurch der Regierung Ungelegenheiten mit der ausländischen Regierung zu verursachen.

Es kam sodann die Codification der Landstreichermassregeln in dem Schubpatente vom Jahre 1724, welches in der Folge zur Richtschnur für sämmtliche Kronländer wurde. Das Patent vom 13. April 1724 wurde zunächst für Niederösterreich erlassen und gab eine Instruction für die Landgerichtsverwalter, wie die General- und Particularvisitationen, der Schub und die Versorgung der Armen, die Aufhebung der Müssiggänger und Hintanhaltung ausländischer Vagabunden und Bettler vorzunehmen seien. Dieses Patent wurde zur

Digitized by Google

Grundlage der späteren Schubordnungen für die übrigen Kronländer und alle folgenden Vorschriften über das Streifungs- und Schubwesen. Es wurde unter Maria Theresia mit Verordnung vom 20. September 1749 neu kundgemacht und darauf verwiesen, dass diese Schubordnung beim Buchdrucker Peter von Gahlen aufgelegt und um einen leidendlichen Preis zu bekommen sei. Sie enthält 30 Artikel, und führe ich sie wörtlich in geänderter Schreibweise an: In Artikel 1 wird die Landesvisitation nach den vier Vierteln des Landes festgesetzt. In Artikel 2 wird vollständige Verschwiegenheit und Geheimhaltung in der Veranstaltung angeordnet. Artikel 3 lautet sodann: „Ist bei Vornehmung der Visitationen selbst vor allem auf die gute Ordnung zu sehen und von denjenigen Verwaltern, welchen die niederösterreichische Regierung die Oberinspection diesfalls auftragen und die Befehle zuschicken wird, die Veranstaltung dahin zu machen, dass noch selbigen Abend ein jegliches Landgericht und Herrschaft ihren Beamten und Richtern, diese aber den unterhabenden Gemeinden allsogleich ansagen, sodann noch selbigen Abend die Kirchen und Klöster, auch Pfarr- und Freithöfe, damit sich niemand dahin flüchten möge, wie nicht weniger die an der Donau und sonst befindlichen Ueberfuhren mit zulänglicher Mannschaft besetzen, insonderheit aber in den Städten und übrigen verschlossenen Orten die Thore zeitlich verschliessen und alles übrige in eine solche Bereitschaft stellen sollen, damit des folgenden Tages sowohl die herrschaftlichen Beamten, Jäger und Bedienten, als auch von einem jeglichen Hause wenigstens eine mannbare oder wehrhafte Person früh Morgens bei anbrechendem Tage, entweder vor des Richters Haus oder wohin es die Herrschaft bestimmen wird, unfehlbarlich erscheinen mögen; wornach sodann das sämmtliche aufgebotene Landvolk (welchem zuvor alle Excesse und Unordnungen bei schwerer Leibesstrafe zu untersagen sind) unter Anführung eines bescheidenen Beamten und des Richters anfänglich den Ort selbst, und zwar alle Häuser, Keller, Böden, Ställe und andere verdächtigen Schlupfwinkel auf das genaueste visitiren, sodann nach dem angewiesenen Rendezvous durch alle ihnen vorkommenden Abwege, Auen und Waldungen absichtlich fortstreifen; auch die etwa unterwegs ihnen vorfallenden Ort und Dorfschaften, insonderheit aber alle abseitigen Schäferhöfe, Ziegelöfen, Wirths-, Schänk- und Abdeckerhäuser auf das Genaueste durchsuchen und mithin in guter Ordnung gegen den Rendezvousplatz anrücken sollen.“ Artikel 4. „Gleichwie aber solche Visitation zu nichts anderm, als zur Ausrottung des schädlichen Gesindels, hingegen Versorgung der wahrhaftig und würdigen Armen, mithin zur Säuberung des Landes abgesehen ist, so wird ein jegliches Landgericht den unter dasselbe gehörigen und mit der Streifung gehenden Grundobrigkeiten mitzugeben, diese aber den Richtern einzubinden haben, dass sie all und jedes in solcher Visitation etwa antreffendes verdächtig und müssig gehendes Gesinde, als abgedankte Soldaten, Bettler, Pilger, vagirende Geistliche, wie auch die nirgends

Digitized by Google

angesessenen Bildel-, Bändel- und andere Krämer von kurzer Waare, zuvörderst aber die feiernden Halter und Abdecker, Schergen und Dienersleute unverschont anhalten und zu dem vorbesagten Rendezvous- oder Sammlungsplatze wohlverwahrt liefern sollen." Artikel 5. „Da aber hierinfalls einige Nachlässigkeit oder geflissentliche Connivenz wieder alles Verhoffen unterlaufen und zur Ersparung der wenigen Unkosten, ein oder anderer Bettler oder Müssiggeher frei und durchgelassen würde, in solchem Falle wird gegen den schuldtragenden Verwalter, Richter oder Beamten neben der zu Ende ausgeworfenen Geldbusse nach gestalten Dingen mit Entsetzung des Amtes oder wohl gar empfindlicher Leibesstrafe fürgegangen, und derentwegen an allen Orten eine besondere Erkundigung und Nachforschung gehalten werden; wobei jedoch Behutsamkeit und ein bescheidenes Mass zu gebrauchen ist, damit den Reisenden und professionirten Personen, so sich durch ihre bei sich habenden authentischen Passbriefe und beglaubte Urkunden zur Genüge legitimiren, und auf der geraden Landstrasse sich befinden und weder des Bettelns noch Müssiggehens und auch anderwärts im geringsten verdächtig sind, keine Hindernisse zugefügt werden." Artikel 6. „Wenn nun das sämmtliche Streifungsvolk auf dem Rendezvousplatz eingetroffen, sollen vor allem die in Verhaft gezogenen Personen dem aufgestellten Director übergeben und von ihm denjenigen Landgerichten, in deren Bezirk sie betreten worden, überantwortet werden, welche mit denselben ferners zu verfahren haben." Artikel 7. „Nachdem die Mannschaft zulänglich ausgerastet, wird sich dieselbe in eben der Ordnung, wie sie dahingerückt, hinwieder zurück und nach Hause zu begeben, im Rückwege aber hinwiederum zu streifen haben. Wobei die herrschaftlichen Beamten, Richter und Vorsteher vornehmlich zu sorgen haben, damit während der Visitation, mithin sowohl bei der Hin- als Zurückstreifung alles muthwillige Schiessen und Getöse, sonderlich in der kaiserlichen und landesfürstlichen Wildbahn, auch andere Insolenz und Raufhändel oder was sonst zu einer gefährlichen Folgerung Anlass geben könnte, vermieden bleibe, auch allenfalls die Urheber und Rädelsführer zur empfindlichen und öffentlichen Bestrafung allsogleich und *in instanti*, um ihnen einen Ernst zu zeigen und andern zur künftigen Warnung gezogen werden."

Die nächste Artikelreihe setzt die Behandlung der Aufgegriffenen fest. Ich kann nicht unterlassen, auch sie vollständig wiederzugeben, da sie den besten Einblick in die Art des Verfahrens gewährt. 8. „Hinächst soll ein jedwedes Landgericht die in seinem Bezirk betretenen und von dem Rendezvous ihm zugetheilten Bettler und Müssiggeher, oder auch andere verdächtige Personen über ihr Thun und Lassen ohne allen Zeitverlust befragen, insonderheit aber über alle nachfolgenden allgemeinen Fragstücke zu Rede stellen. Als: *Primo*, wie er heisse, von wannen gebürtig, und wie alt er sei? *Secundo*, ob er ledig oder verheiratet, auch wie lang und wie viel er Kinder habe? *Tertio*, wo er sich aller Orten seit eines Jahres aufgehalten und mit

Digitized by Google

was für Mitteln er sich ernähret, auch ob er dem Betteln niemals oder wie lang nachgezogen sei? *Quarto*, an was Orten er das Almosen eingesammelt und den Unterschleif genommen haben? *Quinto*, ob er Zeit seines Bettelns und Müssiggehens von niemandem angehalten und wie er entlassen? Auch *Sexto*: Ob, wie oft und wohin er geschoben worden? und über mehr andere dergleichen Fragen, welche des Befragten Aussag und die fast bei einer jeglichen Person obwaltenden besonderen Umstände an die Hand geben müssen; wie dann insonderheit die erst neuerlich in das Land hereingekommenen Bettler und Müssiggeher über den Grenzort, allwo sie hereingelassen worden, die abgedankten Soldaten aber um ihren Abschied, Regiment, vormaligem Obristen, Obristlieutenant, Obristwachtmeister, Hauptmann und Zeltkameraden behutsamlich zu befragen, deren thuende Aussagen alles Fleisses zu verzeichnen und mithin die Examina entweder in Gestalt einer summarischen Aussage oder aber, wie es weit besser und im Falle eines sich äussernden Argwohns nothwendig ist, articulatim einzurichten sind." 9. „Damit aber derlei einkommende, öfters unverdächtige Personen zur Last des Landgerichtes und ihrer eigenen Beschwerde nicht allzulang aufgehalten werden; also soll das ersterwähnte Examen ungesäumt vorgenommen, und von einem jedweden Landgericht, er habe gleich was eingebracht oder nicht, über den völligen Verlauf des vorgenommenen Visitationsgeschäftes der Bericht innerhalb 8 Tagen, von den 2 oberen Vierteln aber längstens innerhalb 10 Tagen (worunter man jedoch den Tag der Visitation keineswegs verstanden haben will) an unsere niederösterreichische Regierung und zwar mit einem förmlichen Anbringen und nicht in Coperto (Couvert) erstattet, die Examina beigeschlossen und darüber die weitere rechtliche Verordnung erwartet, vorher aber niemand bei zu End gesetztem Pönfall entlassen werden." 10. „Ein jeglicher Landgerichtsverwalter ist verbunden, alle sowohl in als nach der Visitation unterlaufenen, wissentlichen Fehler und Unordnungen in seinem Bericht ausführlich anzudeuten und insonderheit zu erwähnen. *Primo*, ob wohl von den unter das Landgericht gehörigen Grundobrigkeiten eine zulängliche und taugliche Mannschaft gestellt und in allem die schuldige Parition geleistet, oder von wem eigentlich und in was den Kaiserlichen Befehlen zuwider gelebt worden. *Secundo*, ob nicht die benachbarten Landgerichte eine oder die andere Person einzubringen vernachlässigt oder sonst ihrer Schuldigkeit kein Genüge geleistet haben? Denn im widrigen und da er solches anzuzeigen unterliesse und man gleichwohl den Fehler durch ander Weg in Erfahrung brächte, würde nicht allein gegen den Misshandelnden, sondern auch gegen denjenigen Landgerichtsverwalter, so hiezu wissentlich conniviret und davon keine Nachricht gegeben hat, mit exemplarischer Strafe vorgegangen werden; im Gegentheil soll derjenige, so derlei Excess und Unordnungen seinen Pflichten gemäss angegeben, nebst der gebührenden Schadloshaltung eine ergiebige Belohnung von dem einzufordernden Strafgeld zu gewärtigen haben;

Digitized by Google

wobei dann insonderheit den Verwaltern der Rendezvousplätze, welchen die Oberinspection aufgetragen wird, vor anderen obliegt, dass sie den Verlauf der daselbstigen Circularstreifung etwas umständlicher berichten und an wem eines und anderes erwunden, ausführlich beirücken, annebens auch eine verlässliche Specification aller zu dem Rendezvousplatz gelieferten Personen und welchem Landgericht sie übergeben worden, bei Verwirkung des hernachstehenden Pönfalles beischliessen sollen." 11. „wird die Regierung beflissen sein, damit die von dem ganzen Land einlangenden Visitationsberichte innerhalb 3 oder längtens 8 Tagen vollkommen erledigt und sofort die eingebrachten Personen den Landgerichten aus der Atzung gebracht werden; und damit auch die sonst gewöhnliche Ausfertigung und Verschickung den Befehlen kein Hinderniss mache, und die Expedition nicht verlängere, also hat man die Einrichtung dahin gemacht, dass ein jegliches Landgericht den überreichenden Visitationsbericht nebst dem Verwalter auch durch den allhiesigen bestellten Agenten oder Bevollmächtigten unterschreiben und sodann ohne Abwartung eines schriftlichen Befehles den verbescheideten Bericht oder sonstige Verordnung bei dem in Sicherheitssachen verordneten Herrn Praeside wiederum erheben lasse. Und damit auch bei erstgemeldeter Sicherheitscommission eine Abschrift an dem erstatteten Visitationsbericht jederzeit verbleiben möge; also soll einem jeglichen Bericht, worüber man eine Verbescheidung erwartet, eine copeiliche Abschrift von eben diesem Berichte beigeschlossen, die Examina aber nur einfach übergeben werden." 12. „Zu gleichmässiger Ueberhebung der Landgerichte ist verordnet, dass zu denjenigen Unkosten, welche zu Unterhaltung und Bewachung der Gefangenen bis zu ergehender Regierungsverordnung erforderlich sein dürften, auch die unter das Landgericht gehörigen Grundobrigkeiten nach Proportion ihres Bezirkes concurriren, im Verweigerungsfalle aber dieses von deren Landgerichte der Niederösterreichischen Regierung zu gehöriger Bestrafung angedeutet werden soll." 13. „Sofern sich aber zutrüge, dass in einem Landgerichte ein bekanntlich oder in offener That ergriffener oder aber *in instanti* eines die gemeine Ruhe und Sicherheit störenden Verbrechens rechtlich zu überweisen stehender Uebelthäter bei solcher Visitation eingebracht würde, demselben soll allsogleich ein Standrecht gemacht, das Urtheil publicirt und nach verrichteter Beichte an dem Delinquenten vollzogen werden."

Ueber die Particular- oder sogenannte Monatsvisitation traf das Patent folgende Bestimmungen: Artikel 14, „muss dieselbe von allen Landgerichten wenigstens alle vier Wochen einmal vorgenommen, und dass es geschehen sei, an die Regierung berichtet, solchem Berichte aber auch beigerückt werden, ob wohl ein gleiches von den umliegenden Landgerichten geschehe? weil auch bei gedachter n.-ö. Regierung ein eigenes Register, in welches man die von Monat zu Monat einlangenden Visitationsberichte ordentlich verzeichnen wird, gehalten und mithin diejenigen Landgerichtsverwalter, so diese Monatstreifung entweder gar nicht vorgenommen oder ihren Bericht darüber

Digitized by Google

zu erstatten unterlassen haben, mit der zu Ende ausgezeichneten Bestrafung unnachlässig belegt, auch nebstbei, wie bereits die Vorsehung geschehen, von allen vier Vierteln des Landes die verlässliche Kundschaft von Zeit zu Zeit eingeholt werden solle, ob die in den eingelangten Berichten erwähnte Visitation in der That wirklich geschehen, auch ob dabei der zu einem so gemeinnützig und wichtigen Werke erforderliche Fleiss, Obsicht und Eifer bezeugt worden sei. Sollte sich nun aus den eingeholten Nachrichten das Widerspiel und dieses ergeben, dass man die Regierung ohngleich berichtet und nur zur Entgehung der Strafe eine Scheinrelation eingereicht oder die Visitation obenhin vorgenommen habe, würde gegen einen solchen widerspänstigen Verwalter, welcher die landesfürstliche hohe Obrigkeit mit Unwahrheit zu berichten sich nicht entfärbet und die so heilsamen Gesetze zu illudiren sucht, nach der Schärfe zu verfahren, nicht weniger auch diejenigen Landgerichtsinhaber, Grund und Dorfobrigkeiten, die sich solcher aller vier Wochen, oder so oft es die Noth erheischt, vorzunehmenden Visitationen entzogen und zufolge dieses landesfürstlichen Gebotes ihr Amt nicht gehandelt haben, nicht nur auf Begehren der unter solcher Zeit etwa beleidigten Partei, sondern auch *ex officio Nobili* zur Verantwortung gezogen, *summariter* verhört, und nach Befund der Sachen zur Schadenersetzung angehalten und auch nach bewandten Dingen noch mit besonderer Geld- oder anderer Strafe angesehen werden". Artikel 15. „Solche Monatsstreifung aber besteht vornehmlich in dem, dass ein jeglicher Landgerichtsverwalter den seiner Obsorge anvertrauten Bezirk allmonatlich einmal visitire und zu solchem Ende auf einem ihm beliebigen und den Unterthanen nicht etwa allzu beschwerlich fallenden Tage: erstlich die herrschaftlichen Beamten, Jäger und Schützen, sodann auch die hiezu etwa weiters benöthigte Mannschaft von den unter das Landgericht gelegenen Dorfschaften und Orten (welche jedoch in keiner so grossen Anzahl, als bei vorgehender Generalvisitation bestehen darf) jählings zu sich bestelle, oder den Ort, wo sie sich einfinden sollen, in aller Geheimniss bestimme, sodann aber mit solcher Mannschaft den völligen landgerichtlichen District auf eben die Art und Weise, wie oben bei der Generalvisitation Meldung geschehen, auf das genaueste durchsuche, dabei alles verdächtig, müssig und bettelgehendes Gesinde allsogleich anhalte und dasselbe zur ferneren weiteren Examinir und Nachforschung zu dem Landgerichte liefern lasse; wonach der Verwalter die etwa einkommende Person nach der schon oben gesetzten Richtschnur gütlich zu befragen, ihre Aussagen sammt den etwa mithabenden Pass und Urkunden der Regierung einschicken und die darüber ergehenden Verordnungen selbst zu erheben, vorher aber niemanden bei sonst auf sich ladender schwerer Verantwortung zu entlassen hat." Artikel 16. „Da im Falle aber auch unter der Zeit wegen herumstreichenden oder in der Nähe sich aufhaltenden Zigeuner-, Dieb- und Räubergesindes der Ruf erschallte, oder dass in selbiger Gegend ein Raub, Diebstahl oder Plünderung geschehen,

Digitized by Google

die Nachricht einliefe, sollen unverzüglich und ohne erst bei der Regierung anzufragen, jedoch in der höchsten Stille, einige Landgerichte zusammenstehen, die nächst einquartirte kaiserliche Miliz, als an welche von dem kaiserlichen Hofkriegsrathe eine Generalordre erlassen worden, um die nöthige Assistenz und Handbietung ersuchen, und wenn sie sich also mit einander vereinigt haben, die Visitation *in instanti* und einverständlich vornehmen, mithin die beargwöhnten Bösewichte in Verhaft zu bringen, sich möglichst angelegen sein zu lassen. Wobei allein dieses zu merken ist, dass ein jegliches Landgericht, wenn es dergleichen gefährlichen Aufenthalt oder vorbeigegangenen Strassenraub, Diebstahl und Plünderungen, in Erfahrung bringt, solches den umliegenden Landgerichten durch eigens abschickende Boten unverweilt kund zu machen, und dass sie sich mit ihr vereinigen und Circularstreifung vornehmen möchten, sie zu ersuchen hat. Dahingegen auch ein jegliches, also requirirtes Landgericht hilfliche Hand zu bieten und mit allen Kräften beizuspringen schuldig und verbunden ist. Insonderheit aber ist in Ansehung der ungarischen Grenzen, als an welchen sich das landverderbliche Zigeuner- und Räubergesind grösstentheils aufhält, und in dieses Erzherzogthum Oesterreich hereindringt, die Verständniss mit dem kaiserlichen Hofkriegsrathe dahin gepflogen worden, dass im Falle dergleichen schädliche Diebsrotten und bannisirtes Zigeunergesind an dortigen Landgrenzen dies- oder jenseits sich verspüren liesse, die erstere Anzeige der kaiserlichen Miliz und nächstgelegenem Offizier geschehen, mit denselben sodann die Art und Weise, wie man sich dieses Volkes am füglichsten bemächtigen könnte, wohl überlegt, und sodann unter Direction und Anführung des gedachten Offiziers, dieses schädliche Gesind in aller Stille aufgesucht und dem nächsten Landgerichte zur patentmässigen Verfahrung überliefert werden solle. Wie man dann auch ein oder anderem Landgerichtsverwalter, der sich in seinem diesfälligen Diensteifer vor anderen distinguirt, je zuweilen ein Prämium auszuwerfen gesinnt ist."

Der 17. Punkt handelt davon, dass im Falle von Raub oder Plünderung Streifung im Wege des Läutens von Sturmglocken vorzunehmen sei; der 18. von der Anhaltung und Abhörung von Vagabunden ausserhalb der Visitationen, wobei Bekanntes wiederholt wird. Im 20. Punkte wird höchst ausführlich das Unterschleifgeben, sowie Nachlässigkeit der Obrigkeiten verboten und unter Strafe gestellt, im 21. bis 26. der Schub — also im Gegensatze zur Abschaffung — geregelt. Wesentlich ist nur, dass die Anordnung der Regierung eingeholt werden müsse, um unnöthiges Hin- und Herschieben zu vermeiden und „damit auf solche Art sowohl der Versorgungsort etwas mehr überlegt", als auch früher erfolgte Abschiebung oder Ausserlandschiebung mit entsprechender Bestrafung berücksichtigt werden könne. Der 27., 28. und 30. Punkt enthält die Armenversorgung und die Behandlung einheimischer und fremder Bettler, ohne wesentliche Neuerung. Dann kommt noch ein umständliches Ver-

Digitized by Google

zeichniss über alle die Strafen gegen Unordnungen und Nachlässigkeiten bei Durchführung des Patentes.

Im übrigen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es bei diesen Visitationen trotz alledem zugegangen sein mag wie beim weiland Landsturm. Da ich beabsichtige von diesem Schubpatente ab die Geduld der Leser — so sich welche gefunden haben — weniger mit wörtlicher Anführung ausführlicher Patente auf die Probe zu stellen, wie bisher, will ich gleich hier die in dieser Zwischenzeit gegen Bettler und Zigeuner ergangenen besonderen Bestimmungen erwähnen. Vorausschicken will ich nur, dass die niederösterreichischen Polizeiordnungen dieser Zeit in unserer Frage sehr wenig zu bedeuten haben.

Die älteste Polizeiordnung, welche der *Codex Austriacus* abdruckt, ist die für die fünf niederösterreichischen Länder und Görz erlassene, vom 15. October 1552 (Ferdinand des I.) in der von Maximilian II. reformirten Gestalt vom 31. October 1568. Sie enthält nach der üblichen langathmigen Einleitung eine Art Polizeistrafrecht unter den Aufschriften von Gottslästerung und Fluchen, vom Zutrinken (Füllerey) und Spillen, vom Ehebruch und andern leichtfertigen unehelichen Beywohnungen, von übriger unordentlicher Köstlichkeit der Kleidung, Frauen-Zier, von Hochzeiten (Ladschafften) und Kindl-Mahlen. Das „Politzeypatent" vom 22. März 1659, sowie jene vom 28. September 1671, 29. April 1686, 14. December 1687, 26. April 1687, 31. März 1688 und 5. Mai 1697 sind nichts anders, als Kleiderordnungen von lächerlicher Breitspurigkeit. Polizeiordnungen in dem späteren Sinne finden sich in den Patenten und Resolutionen vom 6. November 1666, 27. April 1672, 23. Jänner 1685 und 24. October 1687, welche im *Codex Austriacus* unter dem Schlagworte Rumorhändel gesammelt sind, thatsächlich aber neben diesen alle möglichen polizeilichen Massregeln zur Aufrechterhaltung der Ordnung enthalten. Ferner ist in dem *Tractatus de juribus incorporalibus* vom 13. März 1679, welcher vielfach auch Bestimmungen des öffentlichen Rechtes enthält, im dritten Titel „Von der Dorf-Obrigkeit" dieser die Polizeigewalt zugeschrieben, ohne dass jedoch allzusehr in Einzelheiten eingegangen worden wäre.

Eine Bettlergesindel-Visitation Leopold I. vom 16. Jänner 1679 lautet also: Entbieten allen und jeden Unsern nachgesetzten Obrigkeiten, deren Verwaltern und Verwesern, Geist- und Weltlichen, was Würdens, Wesens oder Stands die sind, auch sonst allermänniglich, denen dieses Patent vorkommt, Unsere Gnad und fügen auch darbei gnädigst zu wissen: Obwohl hiebevor zu verschiedenen Malen die gewöhnliche jährliche Visitation der Armen vorübergegangen, dabei die Unwürdigen abgeschafft, den andern aber die Stadtzeichen ausgetheilt, auch wie sie sich verhalten sollen ganz ernstlich anbefohlen worden, in Hoffnung, es werden die bisher verspürten Unordnungen dermalen ein völliges Ende genommen haben; so gibt es aber die tägliche Erfahrenheit und der Augenschein selbst,

Digitized by Google

dass sich nicht allein von neuem viel unnütz und müssiggehendes Gesind von Mann- und Weibspersonen das Almosen mit der Leute grossem Verdruss und ungelegenheit auf der Gasse, auch in den Häusern und Kirchen zu suchen, nicht weniger von vielen anderen Orten und Landen nur allher in dieser Stadt zuzulaufen sich vermessen: woraus dann eine allgemeine Beschwerniss entstanden. Mithin auch zu besorgen, dass zuförderst bei jetzigen grassirend verdächtigen und gefährlichen Krankheiten und der vorgehenden Unordnung und Unsauberkeit willen eine pestilenzische Seuche verursacht werden dürfte; wie dann auch ganz kundbar ist, dass viele, und zwar die meisten Bettler, so hievor Zettel und Stadtzeichen bekommen haben, nicht dergestalt mit Leibesgebrechen behaftet sind, dass sie nothwendig von dem Almosen allein leben müssen, sondern noch wohl eine oder die andere Arbeit nach Beschaffenheit ihrer Leibskräften verrichten, ohne dieselbe sie sonst des Almosens, welches sie bisher genossen, nicht für genugsam dürftig gehalten werden können. Solchem nach und damit allein diejenigen, so zu keiner Arbeit mehr tauglich, des täglichen Almosens geniessen mögen, sind dieselben bei erst vorgangener Visitation und geschehener Examinirung mit den gewöhnlichen Stadtzeichen für dieses mal versehen worden; den übrigen aber, so kein Stadtzeichen bekommen, wird hiemit insgesammt mit aller Schärfe und Ernst anbefohlen, dass sie gleich nach Publicirung des Rufs von hinnen begeben und allhier weiters nicht betreten lassen; widrigens der einer oder anderer, der mit keinem Stadtzeichen versehen in oder vor der Stadt sich weiters einfinden würde, soll der oder dieselbe alsogleich durch den Rumormeister aufgehoben und in das Zuchthaus verschafft, allwo er examinirt, mit einem Ruthenstreich abgefertigt und des Landes verwiesen; da er sich aber noch ein weiteres betreten liesse, durch den Scharfrichter am Pranger öffentlich gestrichen und zum Fall dieses alles noch nicht Warnung genug wäre, das dritte mal in Band und Eisen gewisse Jahre auf ein Grenzort oder wol gar um's Leben andern zum Exempel abgestraft werden soll. Wie dann mithin den gesammten Bürgern, deren Einwohnern und allen anderen in und vor der Stadt hindurch gleichfalls ernstlich anbefohlen wird, Niemanden, wer der auch sei, von berührten Bettlern und unnutz vagirenden Leuten jetzt und künftig in ihren Häusern und Wohnungen einigen Unterschleif oder Aufenthalt zu geben, viel weniger dieselben zu beherbergen; im widrigen man nicht umgehen würde, sich selbst sammt ihnen, unverschont einer Person, in unausbleibliche schärfste Bestrafung zu ziehen. Wonach sich also ein jeder zu richten, auch vor Nachteil und Schaden zu hüten und mit der Unwissenheit nicht zu entschuldigen hat, an dem geschieht Unser gnädigster Will und Meinung".

Aus der Resolution vom 28. April 1687 geht hervor, dass das Betteln trotzdem in Wien „in Schwung gehe und je länger, je mehr überhandnehme". Mit der Resolution vom 26. März 1693 wurde eine Vorschrift für ganz Niederösterreich erlassen, welche mit der üblichen

Digitized by Google

Einleitung und Klage über das Umsichgreifen des Bettlerunwesens sehr umständlich eingeleitet ist. Im wesentlichen ist festgesetzt, dass das ungestüme, den Unterthanen sehr überlästige Betteln durchgehends im ganzen Erzherzogthum ernstlich verboten sei. Jede Obrigkeit soll ihre Verarmten selbst erhalten, bei den Grenzen und Mauten soll man keine fremden Bettler hereinlassen, die anwesenden auswärtigen Bettler hinausschieben. Den Pilgramen wird zwar das Herumvagiren verboten und waren sie von einer Herrschaft und Dorfobrigkeit zur anderen zu verweisen, aber für diesen Weg „nach der Kirchfahrt oder nach Haus" ein Bettelbrief zu ertheilen. Ebenso waren Eremiten und Türkengefangene, wenn sie mit authentischen Urkunden versehen waren, mit Bettelbriefen auszustatten, nur sollten sie sich an keinem Orte lang aufhalten. Das Sammeln von Abbrandlern wurde verboten. Herrnlosem Gesindel, Abdeckern und Gerichtsdienern war das dem Bauersmann überlästig gewordene Betteln einzustellen, widrigens sie aufzuheben und abzustrafen wären. Als Ursache dieses Bettels wird angegeben, dass die Kinder von Abdeckern und Gerichtsdienern für unehrlich gehalten und daher in keinen Dienst oder Arbeit aufgenommen wurden, während sie doch an den Verrichtungen der Eltern nicht Hand angelegt hätten — daher sei solchen Kindern zu helfen. Es wird schliesslich empfohlen, die unbefugten Bettler in Arrest zu nehmen, zur Arbeit anzuhalten und die zu Kriegsdiensten Tauglichen den Werbern zu übergeben.

Mit Resolution vom 12. Februar 1695 wurde bei Strafe von 100 Dukaten anbefohlen, zu berichten, wie viele Arme jede Obrigkeit ernähre und auf welche Weise. Verweigerung der Annahme und Weiterbeförderung Abgeschobener war anzuzeigen u. s. w. Mit Resolution vom 2. Mai 1697 wurden befohlen (für Wien), die auf Gassen, in Kirchen und Häusern beim Bettel Betretenen das erstemal auf vier Wochen, das zweitemal auf ein Vierteljahr, das drittemal auf Jahr und Tag in's Werkhaus zu schaffen „allda nebst Reichung des Brots zur Arbeit anzuhalten, weiters aber nicht zu schlagen, sondern nur blos mit dem, dass sie sich mit der Arbeit ernähren müssen, auf vorgedachte Zeit jedesmal abgestraft und in Verwahrung sich befinden", „wobei sich doch täglich nebst Reichung des Brots, und zwar eine jede Person 5 Kreuzer mit der Handarbeit verdienen kann, mithin so lang selbe allda verbleiben müssen, ihre Unterhaltung sowohl als im Arbeitshaus geniessen thut". Gegen die offenbar sehr in Uebung gewesene Einmengung bei Verhaftung von Bettlern durch die Rumorwache oder Bestrafung durch die Bettelrichter wurde Leib und Lebensstrafe angedroht. Mit 19. Juni 1700 wurde verordnet, dass Herrnlose und Bettelgehende das erstemal auf ein Vierteljahr zur Strassensäuberung, städtischen Bauten in Band und Eisen anzuhalten oder in den Stadtgraben oder nach Ungarn in eine Grenzfestung zu bringen wären. Es waren damals die Armenhäuser überfüllt, 1200 theils blessirte Soldaten, theils andere Würdige sammt Kindern und Waisen, sowie 100 arme Studenten befanden sich in dem einen, 1500 andere

Digitized by Google

Personen im Bürgerspital und sonstigen Armenhäusern. Fremde waren unbedingt zu verweisen. Mit der höchst umständlichen Resolution vom 8. Februar 1698, welche sich vorzüglich auf das flache Land bezog, wurden die früheren Resolutionen eingeschärft, die missbräuchlich in Uebung gekommene Errichtung von „Bettelhäuseln" auf den Strassen verboten, im übrigen aber nur das bereits Verordnete wiedergegeben.

Eine Bettlerordnung Karl VI. vom 21. Juli 1714 (eingeschärft 2. Juli 1715), welche, wie eine Reihe vorausgegangener, durch die Gefahr der Pesteinschleppung beeinflusst war, trifft umständliche Anordnungen gegen einheimische und fremde Bettler. Sie bietet nicht viel Neues. Zu erwähnen wäre nur die wiederholte Strafandrohung gegen gewaltsame Befreiung arretirter Bettler durch das Publicum. Ihr folgte eine noch umständlichere Bettelordnung vom 20. Juli 1717, die in 11 breitspurigen Artikeln die bisherigen Anordnungen neuerdings wiederholt, wie es auch hier wieder heisst: „zumalen auch unter solchen Bettlern und herum vagirenden Müssiggehern viele und grosse lasterhafte Thaten und Sünden begangen werden, wegen welcher der allmächtige Gott Land und Leute mit allerhand Strafen härtiglich zu belegen bewogen werden könnte". Besonders erwähnt werden die Bettelstudenten, welche nach vorheriger Warnung gleich anderen Bettlern zu behandeln seien, die Bettelpfaffen, Nonnen und Eremiten, die Kirchenbettler, fremden Bettler, abgedankten Soldaten und Stadtguardeweiber, die Pilgrimme und Türkengefangenen, Abbrandler und Kirchensammler, und wie gewöhnlich die Abdecker, Gerichtsdiener, Schäfler und Halter. Dieses Patent ist eine Art Compilation der bisherigen Bettelvorschriften, musste aber schon mit 15. März 1719 wieder eingeschärft werden. Am 5. September 1720 erging schon wieder ein mit der Klage des Ueberhandnehmens der Bettler, der dadurch herbeigeführten Gefahr von Ansteckung, Diebereien, Räubereien, Gotteslästerungen und anderen lasterhaften Thätigkeiten und Sünden eingeleitete Verordnung, welche insbesonders das Unterstandgeben mit Geldstrafe verbietet.

Die mitunter recht stattlichen folgenden Patente vom 19. October 1722, 29. Mai, 10. October, 27. October, 1. November 1723 und 17. Juni 1724 (24 Capitel) bieten nichts von Belang, das nicht schon ungezählte Male verordnet gewesen wäre.

Das älteste, im *Codex Austriacus* (III, 100) enthaltene Zigeunerpatent ist jenes Ferdinand III. vom 2. März 1638. Dasselbe beruft sich jedoch schon auf vorausgegangene und erwähnt das letzte derselben, Ferdinand II. vom 17. Februar 1631, in welchem den Obrigkeiten „ernstlich anbefohlen worden, die im Land hin und wieder streifenden Zigeuner, sammt ihrem bei sich habenden leichtfertigen Gesindel, weder bei Tag noch Nacht, Unterschleif oder Herberg zu geben, sondern solche alsobald, ein jeder aus seinem Gebiet und aus dem Land zu schaffen". Nun war in Erfahrung gebracht worden, „dass sich zuwider angezogenen Generalmandats dergleichen Zigeunerisch

Digitized by Google

Gesindel in ziemlicher Anzahl mit Büchsen und allerlei Gewehr an mehr Orten im Land befinden, ja sich gar auf rauben und plündern begeben, hin und wieder auf den armen Unterthanen liegen und denselben merklichen grossen Schaden zufügen sollen, welches ihnen, den Unterthanen, sowol, auch ihren Obrigkeiten, höchst beschwerlich. Wir solches auch, als Herr- und Landfürst, also zu gedulden keineswegs gesinnt sind: Ist demnach hierauf an euch alle und jede, Unser gnädigster, auch ernstlicher Befehl und Willen, dass, wo dergleichen Zigeuner im Land betreten werden, ihr die Landgerichts und Grundherrn, auch alle Richter und Gemeinden alsobald zusammensetzt, dieselben zu gefänglicher Verhaft bringet, und da sie sich zur Wehr stellten, ihrer, wie ihr könnt und mögt, bemächtigt, ihnen weder bei Tag noch Nacht einigen Unterschleif zu geben in keiner Weis verstattet, und nach ihrem Verdienst mit ihnen verfahret: wie Wir sie dann hiemit, samt allen den ihrigen und deren Hab und Güter, frei und preisgegeben haben wollen, und derowegen bei Unserer höchsten Straf und Ungnade keiner derselben, viel weniger eines Unkostens verschonet, dissimuliret oder unter dem Schein des übersehen passiret, sondern zur Ausrottung derselben einer dem andern an die Hand stehet und Hilfe leistet. Dann man sich hernach befinden würde, dass sie durch euer, der Landleut und der Stadt Gebieten, über so öfters ausgegangene gemessene Mandata und Verwarnungen passiren würden, wollen Wir euch nicht verhalten, dass dieselben, so ihnen überhelfen, nicht ungestraft bleiben sollen. Demnach Uns auch glaubwürdig fürkommen, dass etliche Landsmitglieder oder deren Pfleger unter ihrer Fertigung, angeregten Zigeunern ihres angegebenen Wolverhaltens halber, Kundschaften ertheilen, welches ihnen keineswegs gebührt: Als ist Unser fernerer gnädigster Befehl, dass ihr die Landrichter und Obrigkeiten, wenn sie Zigeuner mit derlei Passirungsschein fürkommen werden, dieselben zu eueren Händen nehmet, Unserer niederösterreichischen Regierung überschicket, und denselben keinen Glauben gebet; wie Wir dann mehrbemeldete Passirungsscheine hiemit und in Kraft dieses gänzlich annullirt und zunicht gemacht, benebst euch, dergleichen zu ertheilen, inhibiret haben wollen. Inmassen Wir dann diejenigen, so hinwider handeln, und den Zigeunern dadurch unterhelfen würden, ernstlich zu bestrafen, Verordnung geben. Darnach ihr euch zu richten und des Vaterlands Wohlfahrt hierin zu bedenken, wissen werdet." Am 30. April 1639 war trotzdem schon wieder ein solches Patent nöthig, denn es hiess wieder, „dass sich zuwider angezogenen Generalmandaten dergleichen Zigeunerisch Gesindel anjetzo wiederum im Lande mit starken Rotten sehen lassen, hin und wieder streifen, und dem armen, ohnedies ausgesaugten Manne mit Begebung der Quartiere und Unterhaltung, auch in anderem unterschiedlichen Wege grosse Ungelegenheit, Exaction und Schaden zufügen, sogar auch die Unterthanen, wann sie vermöge Unserer, ihr der Zigeuner halber ausgefertigten kaiserlichen und landesfürstlichen Generalien sich vor den Quartieren entschuldigen, mit schlagen und

Digitized by Google

schiessen übel tractiren, die Quartiere mit Gewalt nehmen, ja bereits etliche Unterthanen hart verwundet, beschädigt und theils gar erschossen haben sollen, welches ihnen den Unterthanen sowohl als auch ihren Obrigkeiten, höchst beschwerlich" — ein Umstand, der ihnen gewiss nicht zu verdenken war. Nun wurde das frühere Patent im ganzen wiederholt, aber beigefügt „auch zum Fall ihr, auf Ersuchen eines und des anderen in eurem Landgerichte gemeldetes Zigeunerisches Gesindel nicht alsobald abtreiben würdet, alsdann allen erweislichen Schaden, so die Zigeuner der Revier herum verursachet, restituiren sollet".

Den 16. Juni 1654 erging wieder ein Zigeunerpatent (das sich übrigens auch mit den Schafflerknechten befasste). Im allgemeinen ist es nur eine Wiederholung der früheren Anordnungen, doch enthält es schon mehr über die Behandlung der Eingefangenen. Sie waren vor allem darüber zu befragen, ob sie nicht etwas angestellt hätten „gefährliche Praktikern, Verrätherei oder andere Sachen, so das Land angehen". Jene aber „welche keine dergleichen Sachen begangen und nichts anderes gethan, als dass sie über vorige Verbote und Warnungen sich im Lande betreten lassen, sollen von Unsern Landgerichten auf vorherige ordentliche Erkenntniss auf Lebenslang in Bande und Eisen zur Arbeit condemniret werden, und zwar dieses auf die Männer, Witwen und diejenigen Weiber, die nicht mit ihren ordentlichen Männern reisen, zu verstehen; was aber die Eheweiber, ingleichen die Söhne und Töchter, so mit ihren Eltern ziehen, anbelangt, wollen Wir, dass die Eheweiber bei ihren Männern, so lange dieselben leben, verbleiben und zwar zur Arbeit angehalten werden. Ingleichen die Kinder, wenn sie gar zu klein und noch an der Mutter Brust sind, ihren Müttern gelassen, nachmals, sobald sie des Saugens nicht mehr vonnöthen, von ihnen hinweggenommen und in die Spitäler oder andere Orte gethan und erzogen; wo aber in den Landgerichten keine Gelegenheit dazu vorhanden wäre, solche hieher in das Bürgerspital gebracht, die andern Kinder aber, so also beschaffen, dass sie arbeiten können, sollen dazu gleichfalls verschafft, zwar mit diesem Unterschiede, dass dieselben, wie auch die Eheweiber, die bei ihren Männern sind, leidendlicher als die Männer und die anderen Weiber gehalten werden." Es folgten dann noch einige Nachschriften über die Art der Arbeit und der Zusatz „wenn auch eine Manns- oder Weibsperson, so wie obgemeldet auf Lebenslang condemniret ist, eine Zeitlang durch Arbeit abgebüsst und sich also wohl verhielte, dass die Landgerichtsobrigkeit genugsame Hoffnung verspürte, dieselben auf ein anderes Leben zu bringen", so könnte die Begnadigung vorgeschlagen, keinesfalls aber eigenmächtig die Strafe nachgelassen werden. Wieder wurde Schadenersatzpflicht im Falle von Nachlässigkeit und Strafe angedroht. Während die Resolution vom 15. Jänner 1655 der Zigeuner nur ganz nebenbei erwähnt, beschäftigt sich jene vom 19. Febr. 1671 unmittelbar mit ihnen. Es wird sich darauf berufen, dass wegen gänzlicher Ausrottung „des landverderblichen

Digitized by Google

Zigeunerischen bannisirten Gesindels und anderen streifenden herrenlosen Leuten unterschiedlich gemessene Generalien und Mandate" publicirt wurden und dass „Wir dergleichen Zigeunergesindel auf Betreten theils dieselben auf die Galeeren in die ewige Dienstbarkeit verschicken, theils aber allhier bei Unserer kaiserlichen Residenzstadt Wien in Band und Eisen zur Arbeit in dem Stadtgraben bis auf *dato* wirklich anhalten lassen." Trotzdem lasse sich dieses Gesindel in Niederösterreich, insbesonders an der mährisch-böhmischen und ungarischen Grenze derart wieder blicken, so dass der Bevölkerung Furcht eingejagt werde und sie sich nicht getraue, demselben Widerstand zu leisten oder es zu verfolgen. Es sei daher den Zigeunern stets nachzuforschen, es nicht blos zu verjagen, sondern zu verhaften. Es sei durch Aufgebot der Einheimischen zu verfolgen, und wurde durch den „kaiserlichen Hofkriegsrath an alle Unsere Regimenter, sowohl zu Ross als zu Fuss, wann selbige anders im Land sich befinden, die Generalordre, dass gedachte Unsere Soldateska im begebenden Fall auf jedesmaliges Begehren zur Assistenz sich gebrauchen lassen solle, ertheilt." Auch wurde die Verfolgung in Ungarn und Böhmen veranlasst. Mit der Generalie vom 22. November 1689 wurde wieder festgestellt, dass das alles nichts genützt habe. Die Massregeln wurden in Erinnerung gebracht und mit Strafen von 50 bis 100 Reichsthalern gegen Saumseligkeit gedroht. „Als wollen wir durch dieses offene Generalmandat mehrgedachtes Zigeunergesindel nochmalen sowohl aus dem Land Oesterreich ob als unter der Enns, den noch 1638, 1639, 1654 und 1655 in Sachen publicirten Patenten gemäss verbannisirt, abgeschafft und selbiges sammt all den Ihrigen und deren Hab und Gut frei und preis gegeben, auch beinebens gemessen ist, statuirt haben, dass wann sich diesem verrufenen *Banno* solches Zigeunerisches Gesindel im Land Oesterreich ob und unter der Enns nochmals betreten liesse und obgleich sonsten Nichts vorkommt, dass solche verübet, als dass sie wider dieses Verbot wiederum in's Land kommen, die Männer *in flagranti* eingezogen und ohne Niedersetzung eines unparteiischen Gedinges, oder Formirung eines Process und Urtheiles, desgleichen auch diejenigen Weibspersonen, so nicht mit ihren ordentlich verehlichten Männern reisen, mit dem Schwert von Leben zum Tod hingerichtet, die Weiber aber, welche ordentlich verehlicht und ihren Männern folgen müssen, auch die Söhne und Töchter bis auf das achtzehnte Jahr ihres Alters, so mit ihren Eltern ziehen, zwar nicht am Leben gestraft, aber auf ihr Lebenlang in Band und Eisen zur Arbeit condemniret; die Kinder aber, welche unter 14 Jahr sind, entweder in die Spitäler oder in Dienste gethan und accommodirt werden sollen; und zwar solches allein von den Manns- und Weibspersonen zu verstehen, von welchen keine andere Misshandlung, als dass sie über das geschehene Verbot sich in's Land begeben, vorkommt." Von ihnen begangene Strafthaten waren für sich zu verfolgen, ebenso aber auch die *Receptatores* und alle Aufenthalt- und Unterschleifgeber. Diese Vorschrift schien denn doch

Digitized by Google

etwas zu hart zu sein, denn das Patent vom 1. October 1696 schrieb schon eine Milderung vor. Bei der ersten Betretung sollten die verehelichten Weiber blos „ausgestrichen", dafür aber bei der zweiten Betretung vom Leben zum Tode hingerichtet werden. Es sei auf das früher erwähnte Patent vom 15. December 1705 verwiesen, nach welchem diejenigen, welche sich den Zigeunern ungezwungen zugesellen, mit den gleichen Strafen wie diese angesehen werden sollen. Mit dem Patente vom 31. October 1719 sollte dem Missstande gesteuert werden, der durch die vielen Jurisdictionsgrenzen entstanden, über welche die Flucht leicht und die Verfolgung schwer war. Der Inhalt ist für die damaligen Zustände bezeichnend. Nach einer Einleitung, dass sich das Zigeuner- und landstreichende Trossgesindel wieder mehre, zum Schaden der Unterthanen und der auf der Strasse Reisenden, „ja sogar der in Armuth ächzende Bauersmann das seinige in seiner übel versehenen Bauershütte, anheuer durch Segen Gottes zugewandte und davon erlösende Geld vor so verruchtem Gesindel nicht sicher stellen kann", wird geklagt: „Wie zumalen zwar dem Vernehmen nach einige Landgerichte derlei Strassenräuber auszutilgen und mit Verfolgung deren, die Strassen für die Reisenden und Handelnden sicher und rein in allweg zu bewirken, alle erdenkliche Obsorge, soweit sich ihre Landgerichte erstrecken, angewendet, sotanes liederliches Gesindel aber allsogleich in andere Landgerichte, um nicht handfest gemacht zu werden, zu flüchten beginne, mithin die fernere Verfolgung dessen von darum unterlassen müssten, weil selbe auch mit zusammengesetzten Kräften durch derlei weitere Nachsetzung nur dadurch mit den angrenzenden Landgerichten und Herrschaften in verdriessliche Gewaltsklagen und langwierig kostbare Processe verfallen thäten." Es wurde deshalb resolvirt, „dass man das Räubergesindel fürderhin *in instanti*, auch bis in den fremden Grund und Boden, auch Häuser nicht allein verfolgen, sondern auch darin also lang verwahrlich anhalten könne, bis die Grundobrigkeit, der es nach der Apprehendirung erdeuten Räubergesindels gleich angezeigt und hierin kein weiteres Recht prätendiret werden soll, selbes in sichern Custodiam gebracht und dem gehörigen Landgericht nach alt üblichem Brauch übergeben hat."

Noch im selben Jahre wurden mit 1. December 1719 die Streifungsvorschriften eingeschärft und neuerdings angedroht, „da die Landgerichte ihr schuldiges Aufsehen nicht gebührend vorkehren, dass hiedurch Raub oder Plünderungen erfolgen würden, jene Landgerichte, in deren Bezirk solches geschehen, dem verlustigten und beschädigten Theil zur Ersetzung des Schadens nach Gerichtsmässigung angehalten werden sollen." Ein Jahr darauf, am 1. Juli 1720, wurden die Verhaltungsmassregeln und Strafandrohungen gegen Zigeuner wiederholt und ergänzend beigefügt: „Endlich auch zu noch mehreren Wissenschaft und Abscheu von den Landgerichten in eines jeden Bezirk an den Hauptstrassen Tafeln aufgestellt und darauf deutlich geschrieben werden solle, dass mehrbenanntes Zigeuner- und Raubergesind banni-

Digitized by Google

sirt und jedem derlei Raubergesind, so sich mit Waffen widersetzt, zu tödten erlaubt worden sei." Das hinderte eine neuerliche Einschärfung vom 15. Jänner 1721 nicht. Ebensowenig hinderte dies jedoch, dass mit Patent vom 12. März 1721 von Bayreut'schen Dragonern eingefangene Weiber und Kinder ungarischer Zigeuner „nur für diesmal" mit Nachlass der verwirkten Ruthenstrafe gegen Urfehde auf ewig zu relegiren angeordnet wurde. Es ergingen dann wieder die Verfolgung einschärfende Patente vom 12. August und 18. August 1722.

Aus letzterem sei folgende wunderliche Stelle im Wortlaute wiedergegeben: „Wann nun aber Unser hochgeehrtister Herr Vatter Römischer Kayser und Landesfürst, Christmildesten Andenkens bereits in dem *Anno* 1689 den 22. November emanirten Generalmandat wider die *Receptatores* und alle diejenige, so diesem schlimmen Gesind, *quovis demum modo* ungebührlichen Aufenthalt und Unterschleif geben wurden, die unausbleibliche Todesstraf allergerechtigst statuiret, welche aber nunmehro wegen Länge der Zeit fast in Vergessenheit gekommen zu seyn scheinet, also erfrischen, bestättigen, und publiciren Wir solches demnach hiemit dergestalten, dass gleichwie Wir es bey der in denen vorigen Patenten deren in dem Land hin und wieder streifenden Zügeinern mit selbig zusammen rottirten Dieb-, Raub- und Mörder-Gesindel halber aufgesetzten Leib- und Lebens-Straffung allerdings verbleiben lassen, also auch die *Receptatores* und alle diejenige, so oft ermelten höchst schädlichen Zügeiner und anderen Raub-Gesindel bey Tag oder bey Nacht heimlich oder offentlich, in oder ausser der Auftreibzeit, sie mögen von denen geraubt oder gestohlenen Gütern etwas participiret haben oder nicht, oder auch ohne Hofnung eines Gewinns in ihren Häusern, Scheuren, Hütten, Böden oder andern zur Verbergung bequemen Oertern unzulässlichen Aufenthalt verstatten, mithin *quocumque demum modo* denenselben verbottenen Unterschleif ertheilen, alsogleich in gefängliche Verhaft gezogen, und sodann mit dem Schwerd vom Leben zum Tod hingerichtet werden sollen. Befehlen derowegen dann euch Eingangs ernannten insgemein, insonderheit aber denen Land-Gerichten hiemit gnädigst, auch ernstlich, dass sie zu mehreren Abscheu und gänzlicher Vertilgung deren Zügeinern, und des Land-verderblichen Raub-Gesinds die vermög Unsers unterm 1. Juli 1720 publicirten Patents, in eines jeden Gezirck an denen Haupt-Strassen aufgestelte Tafeln, Inhalt deren mehrerholtes Zügeiner- und Rauber-Gesind, welches sich mit Waffen widersetzet, jedermänniglich zu tödten erlaubet ist, alsogleich erneueren, und mit ausdrucklichen Worten beyfügen sollen, dass auch denenjenigen, die denenselben einigen Aufenthalt und Unterschleif, wie es immer Namen habe, freywillig verstatten, mit gleicher Todes-Straf wurden angesehen werden."

Wenn man meinen würde, dass mit dem grossen Schubpatente von 1724 ein Stillstand in der Hinausgabe von Vorschriften eingetreten sei, würde man weit irren. Schon der 27. Mai 1724 brachte ein Bettlerpatent, Rückkehr Abgeschobener wurde mit mehr-

Digitized by Google

monatlicher Arbeit in Band und Eisen bei der Herrschaft für das erstemal, dann mit 2—3 Jahren in einem Grenzhaus (für Weiber wieder bei der Herrschaft) unter allfälliger Züchtigung mit Peitschen, sowie ewiger Landesverweisung, das drittemal aber taugliche Männer mit 2—3 Jahren Galeeren in Neapel, untaugliche und Weiber mit einem Schilling bedroht (für alte oder schwächliche waren mildere Strafen angedroht). Für Oberösterreich ergingen weitere Bettelordnungen vom 23. September 1727 und 6. Juni 1736. Auf die allgemeinen Massregeln gegen Landstreicher, und auf besagte Streifungs- und Schubordnung beziehen sich die Patente vom 1. August 1725 (Schubordnung für Oberösterreich in 21 Capiteln), 6. Juli 1727, 6. August 1733, 1. Juni 1735, 16. December 1735 (gegen herumziehende Krämer), 19. October 1739 (insbesonders gegen die Aufnahme von Landstreichern durch Schiff- und Fuhrleute, auch gegen feiernde Handwerksburschen), 30. September 1740 (gegen vagirende Geistliche). Die Verordnung vom 10. November 1728 ordnete die Abschickung von Landstreichern und arbeitsfähigen Bettlern in ungarische Bergwerke an. Von den gegen den Bettel ergangenen Vorschriften ist zunächst das Patent vom 4. Jänner 1727 seines Eingangs wegen zu beachten. Es richtet sich gegen fremde abgedankte Soldaten und erwähnt, dass die in Oberösterreich gebürtigen Invaliden über 20.000 Gulden jährlich kosten und dazu über 22.000 Landbettler kämen, welche das Land nicht mehr erhalten könne. Es sollten daher die „mit Weib und Kind eine kleine Armee ausmachende Anzahl dergleichen ausländischer Soldaten" nicht diesem Lande allein auf den Hals geladen, sondern in die Geburtsländer geschafft werden. Erwerbslosen Leuten sollte ferner zufolge 10. November 1727 das Heiraten nicht gestattet und die schuldtragenden Obrigkeiten im Falle des Zuwiderhandelns zur Alimentation der Familien verpflichtet sein. Dies wurde mit 30. December 1728 eingeschärft und dabei die Armenversorgung geregelt. Die Bettelvorschriften für Oberösterreich wurden erneuert und ein Schubübereinkommen mit Bayern erwähnt. Gegen fremde Bettler erging das Patent vom 7. April 1732, gegen einheimische in Wien jenes vom 11. Juli 1732, wobei insbesonders der Erziehung der Jugend zur Arbeit und der Armenversorgung Erwähnung geschieht — zugleich aber auch der Verschickung Arbeitsscheuer zur Bergwerksarbeit zufolge eines Patentes vom 10. November 1728 (ebenso die Patente vom 23. Juli und 13. October 1732).

Die Handwerksordnung vom 19. April 1732 für Nieder- und Oberösterreich verordnete „wann aber ein Gesell, als deren viele nur um des Geschenkes halber, von einem Ort zum andern laufen, eine angebotene Arbeit anzunehmen verweigern sollte, wäre ihm das Geschenk nicht allein nicht zu halten, sondern er auch von dem Ort gar abzuschaffen"; zu diesem Zwecke wurden die Herbergen als Arbeitsvermittlungsanstalten eingerichtet und alles Fechten und Betteln vor den Thüren verboten (auf Grund des Reichsbeschlusses vom 16. August 1731).

Digitized by Google

Mit der Anführung des Zigeunerpatentes vom 27. September 1725 wäre die Zeit bis zum Regierungsantritt Maria Theresia's abgeschlossen, und es erübrigt nur noch den Zeitraum von da ab (1740) bis zur *Theresiana* zu besprechen. Ich darf mich wohl von nun ab auf die Hervorhebung der wesentlichsten Vorkommnisse beschränken. Die Anführung aller in den folgenden Jahren erflossenen Vorschriften würde ermüdend wirken und jenes Reizes entbehren, welcher allenfalls den älteren Vorschriften infolge ihres hohen Alters und der Eigenthümlichkeit ihrer Fassung innewohnt.

Es wurde bereits erwähnt, dass mit Verordnung vom 20. September 1749 ausdrücklich das Schubpatent vom 13. April 1724 neu kundgemacht wurde, dieses blieb daher — und noch viele Jahrzehnte die Grundlage aller Massregeln gegen Arbeitsscheue. Patente vom 31. März und 14. Juni 1745 schärften die Bettler- und Sicherheitsordnung von 1725 und 1727 ein. Eine mit „Bettler und Vagabundenausrottung" überschriebene Verordnung vom 27. November 1749 unterscheidet neuerdings, „dass zwar die würdigen Armen dem Instituto gemäss versorgt, dahingegen die herumvagirenden, unwürdigen, der Arbeit wohl vorzustehen vermögenden, ungestümen Bettler vollends ausgerottet, folgsam das Land dieses Ueberflusses gänzlich enthoben werden möchte". Eine weitere Verordnung vom 25. April 1750 ordnet vorerst an, dass zur Stärkung der Armencassen die Muthwillensstrafen bei Appellationen und muthwilligen Processführungen, sowie die Versteigerungsprocente abgeführt werden sollen. Dann verordnet sie gegen Reversion abgeschobener auswärtiger Bettler, sie bei der ersten Betretung auf ein Jahr, bei der zweiten auf drei Jahre in das Arbeitshaus in der Leopoldstadt zu schaffen und sodann jedesmal nach abgeschworener Urphed mit dem Hauptschub ausser Land zu befördern. Bei der dritten Rückkehr seien Mannspersonen in ein Grenzhaus auf fünf Jahre Festungsarbeit, Weibspersonen auf sechs Jahre in besagtes Arbeitshaus zu schaffen, hierauf wieder Urphede und Abschiebung. Bei der vierten Rückkehr hätten sie das Leben verwirkt, es sei jedoch, wenn sie blos des Bettels wegen betreten worden wären, das Todesurtheil vorzulegen und die Resolution abzuwarten, ob es diese bei der *poena ordinaria* bewenden oder in *via Graciae* auf eine rigorose *poenam extraordinariam* abzugehen geruhen wollten. Dabei war dem Verurtheilten jedesmal die drohende nächste Strafe bekannt zu geben (Specialprävention). Ein Jahr darauf wurde mit 17. Mai 1751 angeordnet, dass Vagabunden des Vagabundirens halber körperlich gezüchtigt werden sollten, und mit Patent vom 30. October 1751 wieder eine Streifungs- und Schubvorschrift hinausgegeben, die sich als Neuredaction des alten Schubpatents darstellt und von da ab neben diesem citirt wurde. Mit Patent vom 1. September 1752 erging für Oberösterreich eine neu verfasste Bettler- und Sicherheitsordnung in 40 Artikeln, die aber dasselbe enthalten, was in den bisherigen Bettel- und Schubvorschriften enthalten war. Andererseits wurden mit Hofverordnung

Digitized by Google

vom 26. April 1765 die Hausvisitationscommissäre in der Stadt wieder in Erinnerung gebracht, welche die Aufgabe hatten, wegen der sich einschleichenden Fremden und auswärtigen Personen, darunter öfter befindlichen in- und ausländischen Avanturiers, Vagabunden, dienstlosen Leuten, auch höchst landesschädlichen Personen, wenigstens monatlich einmal bei Tag, jedoch mit aller Bescheidenheit eine Visitation vorzunehmen. Die Ergänzung bildete das Meldewesen. Die sonstigen Vorschriften seien unerwähnt gelassen.

Für Steiermark enthielt des „löblichen Fürstenthums Steyer Landt und Peinlich Gerichtsordnung" Karl II. vom 24. December 1574 (gleichzeitig mit der neu verfassten Reformation des Land- und Hofrechtes erlassen) neben dem ersten vom Malefiz und dem zweiten vom peinlichen Verfahren handelnden Theil, einen dritten Theil „von Unzuchten in Gerichten und etlichen anderen Fällen und Ordnungen, so da lauter Malefiz nicht betreffen". Das wären unsere heutigen Polizeiübertretungen, und sie waren den Ortsgerichten und Obrigkeiten unterworfen. Es wird des fahrenden Volkes insoferne erwähnt, als in der Einleitung den Gerichten und Obrigkeiten die Zuständigkeit zuerkannt wird, falls durch ledig Personen, so nicht angesessen wären, ausserhalb der unterthanen Söhne und Dienstboten Unzuchten und Verbrechungen geübt würden. In solchen Fällen haben die Gerichts- und Oberherren die unangesessenen, umschweifenden ledigen Personen, so sie die in ihren Gerichten und Gebieten betreten, mit gebührlicher Gefängniss anzugreifen und um ihre Verbrechung, so die gebührlicher Weise ausfindig würde, nach Gestalt des Falles *ex officio* oder auf Jemands Anklag zu gebührlicher Straf und Abtrag zu halten", während sonst der Vollzug dem Gerichte oder Herrn des Uebelthäters überlassen bleiben musste. Eine Ausnahme fand nur bei Strafthaten statt, die sich unter dem Dachtrauf zutrugen, welche uneingeschränkt dem Grundherrn unterworfen waren. Die Strafthaten, welche unter diese Unzuchten fielen, sind unter der Ueberschrift „hernach folgen etliche Fälle, so für eigentliche Unzuchten verstanden" werden sollen, nur beispielsweise aufgezählt, vorwiegend kleine Raufhändel u. s. w., und musste im Art. X schon damals angeordnet werden, dass die Bestrafung nicht etwa wegen Geringfügigkeit der dafür vorgeschriebenen Taxe unterlassen werde.

Art. 74 des I. Theiles enthält eine dem Art. 108 der Karolina entnommene Bestimmung gegen den Bruch der Urfehde, es heisst dort fast übereinstimmend: „Item bricht Einer eine geschworen „Urfecht" mit Sachen und Thaten, darum er kaiserlichen Rechten und dieser unserer Ordnung nach ohnedies zum Tod möchte gestraft werden, derselben Todesstrafe soll Folge geschehen. So aber einer ein Urfecht mit Sachen, darum er das Leben nicht verwirkt hat, vorsätzlich und freventlich verbricht, der soll als ein Meineidiger mit Abhauung der Hand oder Finger und Anderem, wie im nächsten obgemeldeten Artikel berührt, gestraft werden". Es ist jedoch auf das bereits bei Erörterung der niederösterreichischen Bestimmungen

Digitized by Google

Gesagte zu verweisen, dass sich die Urfehde vorläufig auf landgerichtliche Fälle beschränkte.

In Karl des VI. Feuerordnung für Steyer und die übrigen innerösterreichischen Länder vom 29. April 1722, Artikel 14, wurde den Gastwirthen auferlegt, „von ihren über Nacht oder sonst in der Herberg behaltenen Gästen, es seien solche hernach fremd oder inländische, zumal es genug ist, dass sie nicht von selbiger Stadt oder Ort sind, jedesmal einen Beschriebzettel ihrer Qualität und Herkunft und vorhabenden Reise oder Verrichtung über geschehene Frage und von dem Befragten eingenommene Unterricht, auch angezeigten Passbriefen oder andere etwa habenden Feden" abzuliefern, zunächst allerdings zur Verhütung von Feuersgefahr und Aufsicht auf solche Fremde während einer Feuersbrunst.

Die Landgerichtsordnung Erzherzog Karls für Kärnten vom 1. Juni 1577 enthielt für unsere Frage nichts, destomehr dagegen dessen gleichzeitig herausgegebene Polizeiordnung. Zu erwähnen sind nachstehende Artikel:

„Von ledigmüssigen Personen. Nachdem viel ledige, müssige Personen allenthalben durch unser Erzherzogthum und Land zu Kärnten hin und wieder ziehen, still liegen, zehren und reisen, deren Thun und Vornehmen unbekannt und deshalb nicht wenig gefährlich und beschwerlich ist, demnach welche ledige Personen zu bauen, weingarten oder andere Arbeit und Tagwerk geschickt wären, die sollen dem Gericht oder der Herrschaft, an dem Ort, da sie arbeiten Gehorsam thun und unterworfen sein, wie sich gebührt, und die Obrigkeiten sollen vermöge unserer hievor ausgegangenen Mandaten solchen fremden, unbekannten Müssiggängern und Streichern den Müssiggang, daraus allerlei Leichtfertigkeit, Uebel und Schaden gewöhnlich erfolgt, nicht zusehen, noch gestatten, sondern dieselben darum und vornemlich, so sie an den Werktagen müssig gesehen werden, rechtfertigen und wo sie darüber ferner müssig betreten, niemals gestattet oder gelitten werden. Aber ein jeder Herr soll bedacht sein, keinen ledigen Knecht fürder keine „Gröfften" noch andere Weingartenarbeit in Bestand oder Geding, auch keinen Weingarten oder andere Gründe erblich zuverlassen, allein er sage zu, sich nach Gelegenheit der Zeit und vornehmlich innerhalb zwei Jahren im Land häuslich niederzusetzen."

„Von Bettlern. Wir wollen auch, dass eine jede Obrigkeit, der Bettler halber ein Ernstliches einsehen thue, damit Niemand zu betteln gestattet werde, der nicht mit Schwachheit oder Gebrechen seines Leibes beladen und dessen nicht nothdürftig sei, dergleichen, dass der Bettler Kinder, so sie ihr Brot zu verdienen geschickt sein, von ihnen genommen und zu den Handwerken oder sonst zu Diensten gewiesen werden, damit sie nicht für und für dem Betteln anhangen. Item dass auch die Obrigkeiten auf ehrbar christliche Wege und Mittel bedacht seien und Vorsehung thun, ob und wie eine Stadt und Commune ihre Armen selbst ernähren und unterhalten möchte und

Digitized by Google

den Fremden nicht gestattet werde, an einem jeglichen Orte unseres Erzherzogthums zu Kärnten zu betteln, sondern wo solche fremde und andere starke Bettler befunden, dass dieselbe aufgefunden, besichtigt und wo sie argwöhnig erfunden, vermög der Rechte oder sonst gebührlich Andern zu Exempel gestraft werden. Es wäre denn Sache, dass eine Stadt, Markt oder Flecken also mit vielen Armen beladen, dass sie der Orte nicht möchten ernährt werden. So soll die Obrigkeit diese Armen mit einem brieflichen Schein und Urkunde in andere Städte, Märkte oder Flecken zu fördern Macht haben. Item eine jede Obrigkeit soll auch an Orten, da Spitäler sind, darob und daran sein, dass die armen Leute in den Spitälern fleissig unterhalten und gehandhabt, der Spitalmeister, oder derselben Verwalter Raitungen jährlich aufgenommen, auch das Spital auf das wenigste, im Jahr einmal von der Obrigkeit visitirt und Einsehung gethan werden, dass die Nutzungen und Gefälle zu keiner anderen Sachen, denn allein zur Unterhaltung der armen, nothdürftigen Leute und zu guten barmherzigen Sachen und Werken gekehrt und gebraucht werden."

„Von Zigeunern. Wie wohl auch hievor höchstgedachte röm. kais. Majestät aus bewegenden guten Ursachen durch ihre offenen Generalmandate zu mehrmalen und männiglich aufgelegt und befohlen, dass sie zur Abstellung der Beschwerden, so derselben Unterthanen durch die unschweifenden Zigeuner zugefügt, auch allerlei Verräthereien, Praktiken und anderer böser Handlungen, so durch dieselben Zigeuner geübt und gebraucht werden, auf solche Zigeuner ihre fleissige Achtung haben und wo sie erfahren und betreten würden, alsdann denselbigen ernstlich und bei Leibesstrafe einbinden, dass sie sich in einer kurz bestimmten Zeit aus denselben Fürstenthümern und Landen thun und sich weiter darin nicht betreten lassen sollten. Mit dem ferneren Vermelden, wo sie über die viel beschehenen Warnungen und Verbote sich ferner unterschleifen oder enthalten und betreten würden, dass alsdann nach ihrem Oberen gestracks gegriffen, derselbe gefänglich angenommen und ihrer niederösterreichischen Regierung, ob sich einige Praktiken oder Verrätherei bei ihnen zubekommen sein möchte, zugeschickt würde, und dass die übrigen mit Leib und Gut männiglich frei und einem Jeden nach ihnen zu greifen und seines Gefallens mit ihnen zu handeln zugelassen sein sollte. So werden wir doch berichtet, dass solches alles unangesehen, die Zigeuner sich an etlichen Orten bemeldetes, unseres Fürstenthums Kärnten einstreifen und enthalten sollen, die weil aber männiglich wissend ist, dass die Zigeuner Ausspäher, Kundschafter und Verräther sind, und die Christenlande dem Türken und anderen der Christenheit Widerwärtigen und Feinden verkundschaften und derhalben sonderlich, dieweil der Türke seinen Fuss so nahe an unsere christlichen Lande gesetzt hat, in denselben unseren Landen keineswegs zu gedulden seien. So wollen wir angeregte Ihrer röm. kais. Majestät ausgegangenen Generale hiemit wiederholt und erneuert verneuert haben und befehlen demnach allen und jeden unseren Unterthanen, Geistlichen und Weltlichen und insonderheit

Digitized by Google

denen, so Land oder andere Gerichte inne und in Verwaltung haben, ernstlich und festiglich und meinen und wollen, dass sie angeregten Generalmandaten gehorsamlich leben und nachkommen."

„Von Schalknarren. Item von derenwegen, die sich Narrheit annehmen, wollen und ordnen wir, wo Jemand dieselben holen will, dass er sie halte, dass sie andere Leute unbelästigt lassen. Es soll auch Niemand einigem Mann oder Frauen, der oder die nicht in sein Brod gehörig, weder Schild, Wappen, Ring oder dergleichen anhängen oder geben und welche jetzt Schild, Wappen, Ring oder dergleichen haben, die ihnen ihre „geprötte" Herrn nicht gegeben hätten, die sollen sie bei Verlierung derselben abthun und nicht tragen, damit die alte Gewohnheit der neuen Ordnung keine Irrung mache. Aber andere Schalknarren, so mit Diensten nicht verwendet sind und wider diese unsere Ordnung in unserm Erzherzogthum zu Kärnten erfunden, sollen nicht gelitten, sondern durch eine jede Obrigkeit, wo sie betreten, gestraft werden."

„Von Landfahrern, Singern und Reimsprechern. Nachdem auch mancherlei leichtfertig Volk befunden, die sich auf Singen und Sprüche geben und darin den geistlichen und weltlichen Stand verächtlich antasten und zu beiden Seiten gefasst, sind sie bei den Geistlichen, singen sie von den Weltlichen, und herwiederum bei den Weltlichen von den Geistlichen, daraus dann oft Aergerniss, Zwiespalt, Uneinigkeit und Ungehorsam erwächst, ist unsere ernstliche Meinung und Befehl, wo solche Landfahrer betreten, dass sie von der Obrigkeit gestraft und mit ihnen in allermassen gehalten werden, als von den Schalknarren hieroben vermeldet ist. Doch wollen wir diejenigen, so den Meistergesang singen, hierin ausgeschlossen haben."

Die „Gesatz und ordnungen der ynzichten Malefitz Rechten und annderer nottirftigen Hendeln des lands der Graveschafft Tyroll", gewöhnlich die Malefizordnung Maximilians I. für Tirol genannt, vom Jahre 1499 enthält über unsere Frage nichts, da die Massregeln gegen die Arbeitsscheu nicht als Malefiz behandelt wurden. Dagegen enthalten mehrere Verordnungen, welche wie die erwähnte Malefizordnung in den „Beiträgen zur Geschichte, Statistik, Naturkunde und Kunst für Tirol und Vorarlberg, 1829" im Wortlaut abgedruckt sind, Verfügungen, welche in der Folge inhaltlich in den Landesordnungen wiederkehren. Eine Verordnung Maximilians I. von 1491 bestimmt unter der Ueberschrift: „Lediger Knechte halber, so da liegen und kein eigenes Gut, noch Versprecher haben": „Wiewohl in vergangener Zeit gemeine Befehle ausgegangen sind, keinen ledigen Gesellen über eine Zeit, in denselben Befehlen bestimmt, zu gestatten zu beherbergen, die nicht Dienst, Arbeit oder Versprecher haben, die gesessen sind und für sie stehen, sondern sie hinweg zu schieben. Welche aber darüber ohne merkliche Ursache bleiben, dieselben anzunehmen und zu fragen, was ihr Geschäft sei. Langt uns doch an, wie solches in euren Verwesungen verachtet und viel fremde Gesellen, die weder Dienst noch Arbeit haben und grosse Zehrung thun, auf den Gauen

Digitized by Google

und in Städten über die gewöhnliche Zeit enthalten werden, darob wir Missfallen haben und uns zu gestatten, nicht gemeint ist. Euch allen und jeden insonders mit Ernst empfehlend, dass ihr nochmals allenthalben in euren Verwesungen von unser wegen ernstlich darob seid und verschafft, damit solchen Befehlen gestracks nachgegangen werde. Ob ihr aber solchen Gesellen einen oder mehr über 3 Tage da bleiben erfinden würdet, den oder dieselben annehmet und fragt, was ihr Geschäft sei. Daran thut ihr unsere ernstliche Meinung."

Eine weitere Verordnung desselben Jahres trägt die Ueberschrift „fremder Bettler halber". Sie lautet: „Als durch dieses unser Land der Grafschaft Tirol eben viele Bettler ziehen, alle Thäler und Gegenden durchstreichen und mit dem Bettel ersuchen, sich auch daneben in Städten und auf dem Lande nieder lassen und lange Zeit da ihren Bettel zu treiben unterstehen, auch sonst in männig Wege Ungefuhr und Unlust anfachen, darein uns aber, dieweil armes Volk in diesen unserm Lande der Theuerung halber vorhanden ist und sonderlich der merklichen Kriege und Anstöss halber, darin wir mit etlichen unsern Ländern sind, zusehen gebührt. Demnach empfehlen wir euch allen und jeden insonders, dass ihr keinen Bettler oder Bettlerin über 3 Tage in euren Gebieten und Gegenden betteln lasst, sondern nach derselben Zeit daraus und für und für aus dem Land schiebt. Welche ihr aber darüber darin findet und ob ihrer einer sonst Ungefuhr, seltsam Händel, darauf ihr fleissig Achtung und Aufmerkung haben sollt, triebe oder übte, dieselben darum strafet, wie sich gebührt, und euch allweg befleisset, den inländischen armen Leuten fürander das Almosen mitzutheilen. Auch hierin solchen Fleiss brauchet, damit uns nicht Noth thun werde, euch um eure Nachlässigkeit zu strafen." In einer Landesordnung vom Jahre 1493, vorwiegend polizeilichen Inhaltes, wird unter anderem anbefohlen „auf die Müssiggänger, so liegen, spielen, grosse Zehrung thun und weder „urbar" noch eigen haben, mehr aufsehen". (Mit diesen Vorschriften schliesst der auf Arbeitsscheu bezügliche Inhalt der im Jahre 1506 in Augsburg in Druck erschienenen Malefizordnung und ihrer Nebengesetze, die Gesammtheit ist a. a. O. abgedruckt.)

Es trifft sodann die an Stelle der Malefizordnung von 1499 getretene „Landsordnung der fürstlichen Grafschaft Tirol" Ferdinand I. vom 26. April 1532 im 7. Buch folgende Anordnungen: „V. Fremde Bettler nicht zu dulden. Es soll hiefüran keinem fremden Bettler sich in diesem unserm Lande zu aufhalten gestattet, was aber Pilgram oder Kirchfahrer sind, die sollen bei den rechten Strassen bleiben, sich auch nicht über einen Tag an einem Ort enthalten, es würde denn einer durch Krankheit verhindert. Es soll auch keinen Bettlern, Mann oder Frauen, Jungen oder Alten, Fremden oder Inländern, die sich mit Diensten und Arbeit behelfen möchten und des Almosens nicht würdig sind (damit den hausarmen Leuten und anderen kranken, bresthaftigen Personen des Landes desto reichlicher mitgetheilt) zu betteln nicht gestattet werden. Auch kein Bettler sein Almosen in

Digitized by Google

den Häusern (denn viel Unlust und Arges dadurch geschieht), sondern vor der Kirche und vor den Häusern auf der Gasse suchen und begehren."

„VI. Ledig Knecht, die nicht Arbeit noch Versprecher haben, zu Recht nöthigen. Und nachdem sich viel Müssiggänger, die nicht eigens, noch keinen Versprecher haben, in unserem Land ohne Arbeit enthalten, von einem Ort zum andern streifen, spielen und karten, auch grosse Zehrung thun, und unsere Unterthanen viel Muthwillen (so Uns ferner zu gestatten oder zu leiden nicht gemeint) zufügen, demnach ist unser ernstlicher Befehl, Wille und Meinung, dass die Obrigkeiten allenthalben dieselben Müssiggänger ihres Handels und Wesens befragen, und ihnen, die sich mit Arbeit oder Diensten nicht niederlassen wollen, in unserm Land zu wohnen nicht mehr gestatten, noch einige Unterhaltung geben, sondern gestracks aus dem Land zu ziehen gebieten. Und welche sich darüber in gemeldetem unserem Land über 3 Tage ohne Arbeit enthalten und von angesessenen Landleuten keine Versprecher haben, dieselben sollen nach Rath der Geschwornen gefänglich angenommen und gefragt, und welche gleichwohl nichts bekennen würden, um ihre Verachtung nach Rath obgemeldeter Geschworner und nach Gelegenheit eines Jeden Handlung mit Gefängniss, Verbietung des Landes oder in anderem Weg gestraft werden."

„VII. Sprechern, Singern und anderen Hofirern soll nichts gegeben, sondern aus dem Land geboten werden. Nachdem unsere Unterthanen eine Zeit her mit den vergebenen unnothdürftigen Personen, als Sprechern, gemeinen Singern und Hofirern, Leyrern und anderen verdächtigen Saitenspielern, die Mann und Frauen in mannig Weg brauchen und allenthalben in unserm Land zu Berg und Thal streifen, auch alle Märkt und Kirchtage in merklicher Anzahl besuchen, beschwert worden sind, die auch grosses Geld allenthalben im Land aufheben und sich daneben betrüglichen Spieles und Kartens gebrauchen, demnach ordnen und befehlen Wir, dass denselben untüchtigen Personen sich füran im Land zu enthalten nich gestattet, noch einige Unterhaltung oder Schenkung, wenig oder viel gegeben, sondern aus dem Land geboten und gegen die Verächter, auf beiden Theilen, mit Gefängniss und Strafe nach Rath der Geschwornen nothdürftig gehandelt werde."

„VIII. Zigeuner und Riffianer im Lande nicht zu dulden. Denselben sollen hiefüran allenthalben die Obrigkeiten, auch unsere Amtleute an unseren Pässen durch das Land zu ziehen, noch sich darin kurz oder lang zu enthalten, nicht gestatten, sondern ihnen, wo sie darüber durch das Land ziehen würden, ihr Gut nehmen, gestracks aus dem Land gebieten und mit Ernst darob halten, ihnen auch in souders an den Confirmen keinen Pass geben, welche aber solches überführen, sollen in unsere Strafe gefallen sein. Gleicherweise soll keinen Riffianern, so auf allen Märkten, Kirchtagen und allenthalben im Land mit grossem Spiel, Zehrungen und Weibern um-

Digitized by Google

ziehen (daraus Mord und anderes viel Arges erfolgt), sich ferner im Land zu enthalten nicht gestattet, sondern gegen dieselben mit Ernst gehandelt werden."

„X. Ausländische Kirchen und andere Sammler im Lande, auch Jakobsbrüder mit ungebührlichen Stäben und neben den rechten Landstrassen zu wandeln nicht zu gedulden. Man soll auch keinem Fremden, Kirchen- oder anderen Sammlern (so ausser Lands sind, auch oft das Geld an ihren eigenen Nutzen wenden oder üppig verzehren) zu betteln nie gestatten, damit die Kirchen im Lande desto stattlicher begabt und geziert werden mögen. Auch soll auf dieselben Sammler und die Jakobsbrüder (die lange, scharfe und ungebührliche Eisen an ihren Pilgerstäben tragen und das Almosen nicht auf St. Jakobs-Strassen, sondern vom Weg suchen) fleissig gesehen, damit Mord, Verkundschaftung des Landes und anderes Arges verhütet. Und deshalb sollen in allen Städten, Märkten und Gerichten die verordneten Bettelmeister ihre fleissige und getreue Erkundigung haben und bei schwerer, unserer Strafe darob halten, auch sich keinen Bettler wegen durch Münt, Gabe oder in anderem Weg wider diese unsere Ordnung bewegen lassen, und die Gerichtsobrigkeiten ihnen in dem Allen hilflich sein, und gegen alle Bettler oder Sammler, so sich darüber ungehorsam halten und in sonderheit den Jakobsbrüdern, die ausserhalb der rechten Landstrasse und auf ungewöhnlichen Wegen betreten, nach Rath der Geschwornen gehandelt werden, wie hievon im sechsten Titel dieses 7. Buches von Müssiggängern begriffen ist.

Die Neureformirte Landesordnung vom 14. December 1573 Ferdinands im Jahre 1603 mit Gestattung Maximilians, des damaligen Regenten der Vorder- und Oberösterreichischen Länder, neu gedruckt, ist bereits weit ausführlicher, und gebe ich auch hier den Wortlaut wieder, obgleich er jenen von 1532 grossentheils in sich schliesst. Die Bestimmungen des 7. Buches lauten:

„IV. Von Bettlern. Wir wollen und gebieten auch, dass hiefüran allen fremden Bettlern, Mannes- und Weibspersonen, jungen und alten in diesen Unserm Lande keineswegs mehr zu betteln oder darin zu enthalten gestatten, sondern dieselben allenthalben durch die nachgesetzten Obrigkeiten bei Städten, Märkten und Gerichten alsbald aus dem Land zu ziehen ausgeschafft und damit sie nicht mehr darein kommen, sollen sie durch Unsere Haupt- und Amtsleute an den Ortflecken und Pässen dieses Landes abgewiesen und nicht mehr darein gelassen und was alsdann über solches Ausschaffen für Bettler oder Bettlerin bei Städten oder Gerichten umschweifend, es sei nun an offenen freien Jahr- oder Wochenmärkten, hohen Festen, Kirchtagen oder sonst befunden oder betreten, die sollen die nach gesetzten Obrigkeiten jeder Orte den nächsten gefänglich einziehen und nach Gelegenheit darum strafen; so auch einigerlei Verdächtigkeit bei ihnen befunden wird, mit nothwendiger Besprechung und in anderm Weg die Nothdurft gegen sie fürnehmen."

Digitized by Google

„Es soll auch den Inländern und Inwohnern Mannes- und Weibspersonen, jungen und alten, die sich mit Diensten und Arbeiten behelfen und ernähren mögen und des Almosens nicht würdig sind, weder bei Städten noch Gerichten keineswegs zu betteln gestattet, auch durch die nachgesetzten Obrigkeiten jeder Orte bei Städten und Gerichten diese Ordnung fürgenommen werden, dass eine jede Commune, Stadt, Dorf und Flecken sich ihrer armen und dürftigen Leute, die sich Alters, Krankheit und anderer Gebrechen halber ohne das Almosen nicht ernähren mögen, eigentlich erkundigen und in sondere Verzeichnisse nehmen, damit sie wissen, wer sie seien, und alsdann auch eine Commune, Stadt, Markt, Dorf und Flecken dieselben ihre wissentlichen Armen und dürftige Leute selbst unterhalten, und niemanden zu betteln gestatten oder denselben öffentliche, bleierne Zeichen, darein derselben Stadt, Markt oder Gericht Wappen eingestemmt sind, anhängen, damit sie ihr Almosen doch allein bei derselben Commune, Stadt, Markt, Dorf und Flecken, darin solche arme dürftige Leute geboren oder bisher lang ihre Wohnung gehabt und ihnen solche Zeichen gegeben werden, und sonst nirgends anderswo suchen mögen und also niemand anderswo damit beschwert; auch viel böser Missethaten und Handlungen, so durch die Bettler geübt, verhütet werden und soll auch allein denselben armen Leuten, so die Zeichen haben und sonst niemanden andern das Almosen zu suchen gestattet, noch zugelassen werden."

„Welche Stadt, Markt oder Gericht im Land aber soviel wissentlicher armer dürftiger Leute hätte, die sie selbst je nicht erhalten möchten, sollen die nachgesetzten Obrigkeiten solcher Stadt, Markt oder Gericht denselben ihren armen, dürftigen Leuten schriftliche Urkunden umsonst und Gotteswillen geben, doch nicht anders denn wie obgehört, auf genugsame Erfahrung ihrer wissentlichen Armuth oder Gebrechlichkeit und dass sie sich derselben halber mit Arbeit oder Diensten nicht ernähren mögen; auf solche Urkunden mögen alsdann dieselben armen dürftigen Leute das Almosen anderer Orte wohl suchen. Und wir wollen auch männiglich vermahnt haben, mit denselben armen Leuten christliches Mitleid zu tragen und mit gebührender Hilfreichung nicht zu verlassen. Doch soll denselben armen Leuten auf angeregte ihre Urkunden in jeder Stadt, Markt oder Dorf das Almosen über einen Tag zu suchen nicht gestattet, sondern von einem Ort an das andere gewiesen, damit nicht ein Ort allein beschwert, sondern in Erhaltung solcher Armen eine gleiche gemeine durchgehende Bürde getragen werde. Es sollen aber auch die nachgesetzten Obrigkeiten allenthalben zum wenigsten im Jahr einmal oder so oft sie es für eine Nothdurft ansehen, dieselben Personen, denen sie Urkunden gegeben haben, und sowohl auch die anderen Obrigkeiten, unter denen sich Personen mit dergleichen von anderen Obrigkeiten habenden schriftlichen Urkunden zu Besuchung des Almosens aufhalten, für sich erfordern und da sie befunden, dass denselben Personen eine oder mehr ihrer Leibsschwach-

Digitized by Google

heit oder Gebrechlichkeit entledigt oder sonst zu einem besseren Vermögen gekommen wäre, dass sie sich ausser des Bettelns ernähren möchten, alsdann von denselben die Urkunden wieder nehmen und ihnen weiter zu betteln nicht gestatten. Welche aber ihrer Armuth und Gebrechlichkeit halber des Almosens weiter nothdürftig sind, denen sollen ihre Urkunden durch ihre ordentlichen Obrigkeiten jährlich verneuert und sonst niemand ausser solcher Urkunden anderer Orte zu betteln oder das Almosen zu suchen gestattet werden."

„Daneben sollen auch die nachgesetzten Obrigkeiten allenthalben bei Städten und Gerichten jederzeit ihr fleissig Aufmerken haben und mit allem Ernst darob und daran sein, der Bettler Kinder, so Alters und Gesundheitshalber ihr Brot zu verdienen geschickt sind, zu Diensten oder Handwerk zu lernen oder sonst zu Bauernarbeit unterzubringen, damit sie zeitlicher den Bettlern und Bettlerinnen genommen und zu der Arbeit und Dienst erzogen und gehalten werden und nicht für und für dem Betteln anhängen."

„Und was also wie obgehört für arme dürftige Leute vorhanden, denen das Almosen zu suchen, Zeichen und Urkunden gegeben würde, die sollen solche Almosen nicht in Häusern (dem viel Unlust und Arges dadurch geschieht), sondern vor der Kirche und vor den Häusern auf der Gasse suchen und begehren."

„Daneben sollen auch die nachgesetzten Obrigkeiten allenthalben ihr fleissig Acht und Aufmerken geben, wie diejenigen armen Leute, Manns- und Weibspersonen, jung und alt, denen wie obgemeldet das Almosen zu suchen erlaubt und Zeichen und Urkunden hierum gegeben werden, das, so sie also vom Almosen erobern und zusammenbringen, zur Nothdurft anlegen und da sie befunden (wie den oftmals geschieht), dass sie dasselbe unnütz in Wirthshäusern oder sonst in Winkeln um Wein ausgeben, verzechen, verthun oder verschwenden oder in anderem Weg ungebührlich damit handeln, gegen sie und die Personen, so ihnen hiezu statt und Platz, auch Herberg und Unterschleif geben, nicht allein mit ernstlicher Strafe andern zu abscheulichem Exempel verfahren, sondern auch die ihnen gegebenen Zeichen und Urkunden von ihnen nehmen, das Almosen weiter zu suchen nicht zusehen oder gestatten, sondern allenthalben wegschaffen und nirgends gedulden."

„Was aber Pilgram oder Kirchfahrer sind, die sollen bei den rechten Strassen bleiben und sich auch nicht — über einen Tag an einem Ort enthalten, es würde denn einer durch Krankheit verhindert."

„V. Ledige Knecht, die nicht Arbeit noch Versprecher haben, zu rechtfertigen. Und nachdem sich viel Müssiggänger, die nicht eigens, noch keine Versprecher haben, in unserm Land ohne Arbeit enthalten, von einem Ort zum andern streifen, spielen und karten, auch grosse Zehrung thun und Unseren Unterthanen viel Muthwillen (so Uns ferner zu gestatten oder zu leiden nicht gemeint) zufügen.

Digitized by Google

Demnach ist es unser ernstlicher Befehl, Wille und Meinung, dass die Obrigkeiten allenthalben dieselben Müssiggänger, sie seien fremde, ausländische, unbekannte oder in diesem Land angesessene oder ledige Personen ihres Handels und Wesens befragen und ihnen, die sich mit Arbeit oder Diensten nicht niederlassen wollen, in Unserm Land zu wohnen nicht mehr gestatten, noch einige Unterhaltung geben, sondern stracks aus dem Land zu ziehen gebieten. Und welche sich darüber in gemeldetem Unserm Land über 3 Tage ohne Arbeit enthalten und von angesessenen Landleuten keine Versprecher haben, dieselben sollen nach Rath der Geschwornen gefänglich angenommen und gefragt: und welche gleichwohl nichts bekennen würden, um ihre Verachtung nach Rath obgemeldeter Geschwornen und nach Gelegenheit eines jeden Handlung mit Gefängniss, Verbietung des Landes oder in anderem Wege gestraft werden."

„Wir wollen und gebieten auch, dass die Wirths- und Gastgeber bei Städten und Gerichten oder einzigen, ordentliche Wirthshäusern und sowohl auch andern Personen, bei denen obangeregte ledig müssiggehende und andere unbekannte fremde Personen zu Ross oder Fuss ihre Herberge oder Zukehr nehmen, dasselbe jederzeit den ordentlichen Obrigkeiten in geheim anzeigen, damit durch dieselbige Gelegenheit solche Gäste wahrgenommen und soviel möglich ist erkundet, und wo Gefährlichkeit oder Argwohn gespürt oder befunden würde, aldann gegen dieselben ledig müssiggehenden oder andern fremden unbekannten, argwöhnischen Personen und Gäste mit gefänglicher Annehmung oder in anderem gebührlichen Weg nach Gestalt des Verdachtes oder Argwöhnigkeit die Nothdurft fürgenommen und gehandelt werden möge. Es soll auch eine unbekannte Person über eine Nacht, zwei oder drei an einem Orte ausserhalb redlicher Ursachen nicht geduldet werden. Wer oder welche aber das übertreten und denselben müssiggehenden oder fremden unbekannten Personen unangezeigt der Obrigkeit Herberg oder Unterschleif geben, gegen denselben sollen ihre ordentlichen Obrigkeiten hierum nach Gestalt oder Gelegenheit der Sachen mit gebührender Strafe verfahren."

„VI. Sprechern, Singern und anderen Hofirern soll nichts gegeben, sondern aus dem Land geboten werden." Nachdem Unsere Unterthanen eine Zeit her mit den vergebenen, unnothdürftigen Personen, als Sprechern, gemeinen Singern und Hofirern, Leyrern und anderen untüchtigen Saitenspielern, die Manne und Frauen in mannig Weg brauchen und allenthalben in Unserem Land zu Berg und Thal streifen, auch alle Märkte und Kirchtage in merklicher Anzahl besuchen, beschwert worden sind, die auch grosses Geld allenthalben im Land aufheben und sich daneben betrüglichen Spiels und Kartens gebrauchen: Demnach ordnen und befehlen Wir, dass denselben untüchtigen Personen sich füran im Land zu enthalten nicht gestattet, noch einige Unterhaltung oder Schenkung, wenig oder viel gegeben: und sonderlich auch die Wirthe und Gastgeber ihnen zu solchem

Digitized by Google

Thun weder Herberg noch Unterschleif gegeben, noch Gäste zu überlaufen gestatten, sondern aus dem Land geboten und gegen die Verächter auf beiden Theilen mit Gefängniss und Strafe nach Rath der Geschworenen nothdürftig gehandelt werde."

„Gleichfalls wollen Wir auch allerlei leichtfertiges Ringen, Springen und dergleichen Spiel gänzlich abgeschafft und verboten haben."

„Ferner setzen und gebieten Wir, dass hieführan die Wälschen und andere fremde aus- und inländische Geiger, Pfeifer und dergleichen Hofirer und Spielleute, weder Prälaten, die vom Adel, Bürger, noch jemand andrer geistlichen, noch weltlichen Standes, weder in den Klöstern, Schlössern, Sitzen noch anderen ihren Wohnungen: auch weder in Wirthshäusern oder Tafernen, es sei auf Hochzeiten, Jahrmärkten, Kirchtagen oder sonst in anderem Weg in Städten, Märkten, noch auf dem Lande überlaufen, behelligen oder beladen; es würde denn derselben Spielleute oder Hofirer einer oder mehr darum sonderlich ersucht oder bestellt. Welche aber hiewider handeln würden, die sollen desswegen und sowohl auch der Wirth und der Gastgeber, der solchen Spielleuten unerfordert von den Gästen das Hofiren vor den Tischen zusieht oder gestattet und nicht davon abweist, von den nachgesetzten Obrigkeiten jeder Orte, da solches beschieht, nach Nothdurft gestraft werden."

„VII. Von Zigeunern. Es sollen hinfüran die Obrigkeiten allenthalben in diesem Lande und sonderlich an den Confinen und Ortpässen keinen Zigeuner, Manns- noch Weibspersonen in und durch dieses Unser Land zu ziehen, zu handeln, noch zu wandeln und noch viel weniger kurz oder lang darin sich zu enthalten gestatten, noch ihnen dessen Sicherheit, Geleite, Urkunden oder Passbrief geben, sondern von dannen wegweisen und mit Ernst darob halten; und wo aber sie die Zigeuner, Manns- oder Weibspersonen sich nicht abweisen lassen, sondern hierüber in oder durch diess Land ziehend betreten würden, sollen sie mit ihren Leib, Hab und Gütern, so bei ihnen gefunden wird, männiglich preis und frei sein; und da auch jemand mit der That gegen sie was handeln oder fürnehmen würde, daran nicht gefrevelt oder Unrecht gethan haben."

„Wir setzen und wollen auch, dass der oder diejenigen, welche die Zigeuner beherbergen, behausen oder ihnen Unterschleif geben, mit Ernst und unnachlässig gestraft, darin auch niemand verschont werden soll."

„VIII. Riffianer im Land nicht zu gedulden. Also wollen und gebieten Wir auch, dass keinen Riffianern, so auf allen Märkten, Kirchtagen und allenthalben im Lande mit grossem Spiel, Zehrungen und Weibern (daraus Mord und anderes viel Arges erfolgt) umzuziehen, noch im Land sich zu enthalten nicht gestattet, sondern dieselben allenthalben weggeschafft und da einiger darüber betreten, gegen ihn mit Strafe und anderem alles Ernst gehandelt und stracks darob gehalten werde."

Digitized by Google

„IX. Neu ungewöhnliche Wirthshäuser nicht zu gestatten. Nachdem viel Mörderei und andere Uebel täglich allenthalben im Land beschehen, auch viel gemeiner Wirthe in den neuen, ungewöhnlichen Wirthshäusern wider alt Herkommen Wein zu schenken auferstehen, daraus grosse Zehrungen, auch ungebührliches Spiel, Zutrinken, Gotteslästerung, Aufruhr und heimliche Conspiration, auch mordliche Thaten erfolgen, und zur Abstellung solcher Gefährlichkeit, so haben Wir mit zeitigem Rath Unserer Landschaft beschlossen, dass in allen Gerichten durch die Obrigkeiten solche ungebührliche Wirthe in den ungewöhnlichen Häusern ausserhalb der Landstrassen, an Einöden und anderen ungewöhnlichen Orten (da sich obgemeldete verdächtige Personen, auch Spieler, Absager, Räuber, Mörder und anderes verwegenes, loses, leichtfertiges, unnützes und müssiggehendes Gesindel und Pöbel enthalten und durchschlüpfen möchten) Gastung zu halten und Wein zu schenken abgethan und diese und dergleichen Tafern und Wirthshäuser hinfüran gänzlich abgestellt und keineswegs mehr gestattet werden sollen. Welche Obrigkeit aber ein solches nicht thäte, die soll nach Ungnaden gestraft werden."

„X. gleichlautend X. der älteren Landesordnung."

„XVII. Von Gartknechten. Nachdem auch viel loses, verwegenes, müssiggehendes Gesind sich auf die Gart legen und Unsere Unterthanen im Land, sonderlich in den Thälern und auf den Einöden mit Abnehmung des ihrigen beschweren und dermassen Unruhe und Drangsal anlegen, dass sie ihres Leibes, Lebens und Gutes vor denselben nicht sicher sein können: setzen, ordnen und wollen Wir, dass alle für und nachgesetzte Obrigkeiten im Land auf solche gartende, hausirende und streichende Knechte allenthalben in ihren Verwaltungen ihr fleissiges Aufsehen und Kundschaft halten und sobald sie deren einen oder mehr betreten, den oder dieselben von Stund an besprechen, wie er oder sie mit Tauf- oder Zunamen heissen, wess Landes sie seien, von wannen sie ziehen, wohin sie wollen, was ihr Thun, Lassen und Fürnehmen sei? solches alles fleissig aufschreiben und sonderlich daneben ihre Personen und Kleidungen fleissig verzeichnen lassen und so ihr einer oder mehr befinden, die aus dieser Unserer fürstlichen Grafschaft Tirol geboren wären, den oder dieselben von Stund an einen leiblichen Eid zu Gott und den Heiligen schwören lassen, dass sie sich entweder ohne Verzug und Versäumniss demnächst aus dem Land verfügen und den Unterthanen keinen Einfall in ihre Häuser thun, noch in einigem anderen Weg beschädigen oder beschweren, oder aber im Lande zu ehrlicher Nahrung oder ihrem Handwerk und Arbeit niederthun und sich hiefür in keinem Weg einigen Gartens oder Hausirens weder auf der Strasse, noch von den Strassen, in den Thälern, Dörfern, Berg und Einöden, Hof und Häusern weiter im Land gebrauchen wollen; und da sie hiewider handelnd befunden würden, als dann gegen ihren Leib und Leben als gegen einen Meineidigen, ehr- und treulosen Mann, der wider geschwornen Eid und Treu fürsätzlich und gefähr-

Digitized by Google

lich misshandelt, auch Leib und Leben verwirkt hat, gerichtet und gehandelt werden soll. Wo aber einer oder mehr in angeregter Besprechung kein Landsmann, sondern ein Ausländer zu sein befunden worden, den oder dieselben sollen die für und nachgesetzten Obrigkeiten nach obgeschriebener Besprechung gleichermassen einen Eid, wie obsteht, schwören lassen, sich den nächsten aus dem Land zu thun und darin eine Nacht nicht liegen, da er die andern gelegen ist, auch weiter gartend und hausirend in diess Land nicht zu kommen, er ziehe denn mit einem aufrechten Fähndlein und Kriegsvolk durch's Land oder ziehe seinem ehrlichen Gewerb, Handwerk und Arbeit nach, auch bei Strafe Verlierung Leibes und Lebens. Und was also für Gartknechte ihren Zug auf der Strasse anheim oder zu ihren ehrbaren Hantirungen und Gewerben nehmen, sollen sie die für und nachgesetzten Obrigkeiten ihnen einige Rottirung noch Versammlung in keinem Weg gestatten, sondern sie dahin weisen und halten, dass sie einzelner Weise solchen ihren Zug stracks unrottirt und ungesammelt, durch ihre Obrigkeiten und Gebiet ohne alle Beschwerde und Beschädigung Unserer Unterthanen und männiglich nehmen. Würde sich aber einer oder mehr Gartknecht, sie seien In- oder Ausländer, solches Eidschwörens verwidern und setzen, den oder dieselben sollen sie so lang in Gefängniss mit Wasser und Brot halten, bis sie solchen Eid gutwillig erstattet haben. Im Fall sich aber einer oder mehr solches Eides mit Gewalt widersetzten und sie die Obrigkeiten allein derselben nicht mächtig wären, so sollen sie die Unterthanen ihrer Verwaltung, so viel sie vermeinen vonnöthen zu sein, aufmahnen und die widersetzlichen Gartknechte mit Gewalt zu Gefängniss bringen, und danach demnächst erstlich mit gütlicher Besprechung gegen sie fürgehen; und so sie darin einige Argwöhnigkeit, Zeichen oder Anzeigen bei ihnen finden, gegen den oder dieselben alsdann mit ordentlicher strenger Frage verfahren, damit alsdann ihrem Verbrechen nach gebührlicher und verdienter Strafe gegen sie gehandelt werden möge. Sobald sie die Obrigkeiten auch einen oder mehr also in obgeschriebenen Eid genommen, und sich Gelegenheit seiner Person an ihm oder ihnen erlernet, sollen sie solches dem nächsten, ihren umgelegenen und benachbarten Obrigkeiten zuschreiben, auf dieselben auch ihr Aufsehen zu haben. Welcher dann über gethanen Eid weiter gartend oder hausirend befunden, den oder dieselben sollen sie von Stund an gefänglich einkehren und gegen ihren Leib und Leben dasjenige handeln, das einer verwirkt, der seinen Eid, Gelübde und Ehre verbrochen und nicht gehalten hat. Wenn dann über obbemeldetes gütlich besprechen Nichts helfen und die Gartknecht sich mit Gewalt und thätlicher Hand setzen und einer oder mehr Gartknecht darob entleibt würden oder was sich sonst darunter wider ermeldete Gartknechte zutragen möchte, dass sollen sie die Obrigkeiten und Unterthanen gegen Uns gänzlich frei und ungestraft sein und bleiben und in solchem allem soll je eine Obrigkeit der andern auf ihr Zuschreiben oder Entbieten die Hand reichen.

Digitized by Google

Wofern auch angeregte Gartknechte, hausirende und durchstreichende Personen sich in die Thäler, Weiler oder zu den einletzigen Höfen und Häusern, so weit von der Obrigkeit gelegen, thun und die Unterthanen zu beschweren unterstehen würden, und die Unterthanen ihre Obrigkeiten sobald nicht erreichen möchten, sollen sie die Unterthanen sie ernstlich mit guten Worten abweisen und wo das nicht helfen: alsdann ein Nachbar dem andern zu Hilf kommen, solche Gart- und hausirende Knechte gefänglich annehmen und dieselben zu Obrigkeits Handen zu bringen verhelfen: da sie sich aber ihnen mit Gewalt widersetzen und sich hierunter auch gegen sie die Gart- und hausirenden Knechte was zutragen würde, sollen sie die Unterthanen desselben gen .Uns und ihre Obrigkeit gänzlich frei und unentgolten sein. Jedoch wollen Wir die ehrlichen Kriegsleute und Landsknechte, so ihren Pfenning, doch allein bei Städten und Märkten und sonst anderen Orten nicht zehren, und dieselben bezahlen, sich auch mit Garten nicht behelfen und einen aufrechten Wandel führen mit obvermeldeter Unserer auf die Gart und hausirenden Knechte bestimmten Satzung und Ordnung nicht gemeint, sondern ausgeschlossen haben."

Wir finden hier also eine förmliche Codification der Landstreicher- und Bettlerbestimmungen, den unbefugten Ortsbettel, Bettelbriefe und Landstreicher behandelt, ferner bereits die Urfehde Abgeschaffter mit Aufstellung des Verbrechensbegriffes des Urfehdbruches solcher.

Die böhmische Landordnung Ferdinand I vom Jahre 1565 (nach der 1604 erschienenen deutschen Ausgabe von Peter Sturba) enthielt unter L, 27 und 28, Landstreicherbestimmungen. Artikel 27 lautete: „Betreffend die Müssiggänger und Faullenzer, dieweil jedermann kund und wisslich ist, dass durch sie und ihre Freiheit viel Schadens und Unordnung in diesem Königreich entstehet, derhalben wo man solche Müssiggänger befindet, kann man sie aufheben, wer sie aus den Ständen begreift und da jemand sie wollte auf anderen Gründen aufheben und hat nicht genugsam Gewalts dazu, so kann er solches dem Herrn auf wess Gründen sie vorhanden sind, oder in der Stadt anzeigen, man soll ihm dazu helfen und fördern und soll Zeit und Stunde melden, wann er auf sie greifen wolle, dann er soll persönlich gegenwärtig sein, oder an seiner statt hinschicken, darauf ist jedermann (dem also angezeigt worden ist) schuldig, also wie das mag erdacht werden, den Müssiggängern keine Warnung zu geben, dadurch sie davon kommen möchten, würde aber der Grundherr oder eine Stadt, wo solche Müssiggänger vorhanden sind, dem begehrenden Theil solches abschlagen und will ihm nicht helfen, sondern vertheidigen oder sie warnen, der soll dem, der das an ihm begehrt hat, 20 Schock Groschen verfallen und ist ihm schuldig, dieselbigen von *Acto* in 14 Tagen zu verrichten, und so der Grundherr daselbst in der Nähe nicht ist vorhanden, und wird solches seinen Amtleuten oder Richtern oder Geschworenen angezeigt und sie verhalten sich nicht also, wie obsteht, fallen in gleiche Pön als ihr

Digitized by Google

Herr, und so ihm die Pön nicht verreicht wird, mag er derselben eine Beschickung nehmen für das Recht der Hauptleute, oder für das Kammerrecht, oder für das kleine Recht und die armen Bauersleute kann er darum kümmern und aufhalten und durch Kammerrecht fördern." Dazu hiess Artikel 28: „Betreffend die Müssiggänger, die also aufgehalten werden. Dieselbigen soll man überantworten in dessen Macht, der sie auskundschaftet und der der Aufhebung Ursacher ist oder der sie für sich selbst aufgehalten, soll sie auch selber behalten, also dass ein jeder aus ihnen schuldig ist, ihm zu verrichten 2 Schock Groschen und welche Person ihm das Geld nicht gibt und verrichtet, so mag sie der, der sie im Gefängniss hat, ein ganzes Jahr ohne Besolden in seinen Diensten gebrauchen, wenn er sie versorget mit Speis und Trank und anderer Nothdurft, als auf einen Dienstboten gebührt, und so der, der die Leute im Gefängniss hat, ihrer zu keiner Arbeit nicht bedarf, so kann er sie einem anderen, wer ihn gelüstet, übergeben und dem sie übergeben sind, kann sie in allermass zu seiner Nothdurft wie dieser gebrauchen und so solcher Müssiggänger von jemand die Flucht gibt und kommt zu seinem Herrn oder an einen anderen Ort und wird allda ausgeforscht, so kann er nach ihm zu seinem Herrn schicken, wo er vorhanden ist und so der Herr ihn nicht wollte ausgeben, so mag er in drum fürnehmen in allermass, wie gebräuchlich ist, so einem Unterthan oder einem Dienstboten fürgehalten wird, wann aber der Müssiggänger das ganze Jahr also hat ausgedient, soll er ihn darüber nicht länger aufhalten, würde er ihn aber länger aufhalten, so mag ein jeder Herr Edelmann oder eine Stadt nach ihm schicken, dass er ihn ausgeben soll, und würde er sich weigern, das zu thun, so mag er darum eine Ladung nehmen wegen 20 Schock Groschen, wie gebräuchlich, so ein Unterthan fürgehalten wird, und so der Müssiggänger nach Ausgang des Jahrs ledig wird und untersteht sich den Herrn, der ihn genommen oder seinen armen Leuten zu drohen oder Schaden zuzufügen, soll man ihm am Leibe strafen." Endlich verordnet Artikel 29: „Die Bauersleut betreffend, soll man in den Städten, Märkten oder in den Dörfern keinen Müssiggänger leiden oder dulden und sonderlich, welche nicht beweibt sind, soll man auch keinen für keinen Hausgenossen annehmen, auch in keinem Kretzschmen (tschechisch für Wirthshaus) nicht leiden, sondern sollen sich verdingen, damit des Gesindes und Dienstboten eine Nothdurft möchte vorhanden sein, es wäre denn dass etliche Gesellen Alters und Krankheit halber nicht können arbeiten und dienen, so mag man sie für Hausgenossen annehmen, oder welche Hausgenossen beweibt sind, auf dieselben sollen die Wirthe Achtung haben, damit sie sich mögen mit ihrer Arbeit nähren; so aber ein Hauswirth das bei seinen Hausgenossen vermerket, dass er mit anderen Sachen, denn mit seiner Arbeit umgeht und faullenzt in den Kretzschmen, soll solches alsbald seinem Herrn vermelden und der Herr soll ihn wirklich strafen und darum sollen die Herrschaft und Ritterschaft, Prager und

Digitized by Google

andere Städte, allenthalben in ihrem Gebiet, wo sie unterthänige Leute haben, solches versehen, dass die gedachten Faullenzer nicht mögen statt haben, denn es mag jedermänniglich solchen Faullenzer aufheben; so aber jemand aus der Herrschaft, Ritterschaft oder aus den Städten nicht wollte gestatten, solche dergleichen Müssiggänger aufzuheben, kann man ihn für das Landrecht, oder für das Kammerrecht, oder kleine Recht wegen 20 Schock Groschen laden, und so der Müssiggänger denselben, der ihn aufheben hat wollen, einigen Schaden zufügt, so kann der, dem der Schaden widerfahren, solchen Schaden bei dem suchen, der ihn hat geweigert aufzuheben; so soll der, der sie hat wollen aufheben, ihren Herrn für die Hauptleute des Kaisers beschicken, damit die Leute für den Hauptleuten fürgestellt werden und allda soll man sie richten und strafen nach ihrem Verdienst, und wer sich anders verhält, den sollen die Hauptleute des Kaisers beschicken und wirklich dazu halten, dass er die Faullenzer unter ihm nicht leiden solle."

Zwei Dinge sind hier auffällig, der feudal angehauchte Versuch der Zwangsarbeit und die Ersatzpflicht für Schäden seitens der Lässigen in der Verfolgung.

Die verneuerte Landesordnung für Böhmen Ferdinand II. vom Jahre 1627, welche sich ebenfalls mit dem Civilverfahren und mit den „peinlichen Sachen" (Titel B bis Z) befasst, handelt im Artikel Y, I bis XIV „Von den Bettlern, Faullenzern und Landstörzern." Auf die Gefahr hin, dass diese umständlichen Bestimmungen ungelesen überblättert werden, theile ich sie wörtlich mit, weil auch sie zum Verständniss der Frage, der Auffassung der damaligen Zeit und des ganzen Jammers der Feudalwirthschaft beitragen.

„I. Was die Landstörtzer und Faulenzer anlangt, darunter werden verstanden sowohl die Fremden als Einheimischen, welche herrenlos und keinem Herrn dienen, sondern von einer Stadt, Markt, Dorf zu dem anderen, in die Krätschmen kommen, keine Arbeit und Nahrung treiben, sich auf das Rauben und Stehlen begeben, die Landstrassen unsicher machen, mit Spielen und allerlei anderen seltsamen Vortheilen sich ernähren und allenthalben, wo sie sind Unrath und Ungelegenheit anrichten und verursachen. Damit nun dergleichen Faulenzer nnd Landstörtzer, sie sind zu Ross oder zu Fuss, in diesem Land nicht geduldet werden, sollen Unsere Hauptleute auf Unseren Herrschaften, wie auch eine jede Obrigkeit sowohl auf dem Lande, als in den Städten, bei ihren Unterthanen und Leuten es so anstellen, damit ihnen keine Beförderung oder Aufenthalt gegeben und verstattet werde."

„II. Es soll sich auch niemand entschuldigen, dass er solches nicht abschaffen, noch es bei seinen Unterthanen oder auf seinen Gründen und Herrschaften dahin bringen könnte, und da etwas dergleichen vorlaufet, es mit seinem Willen nicht geschehe, sondern ein jeder, er sei arm oder reich, dem Gott der Allmächtige in diesem Unseren Erbkönigreich etwas beschert oder verliehen, soll seine Leute

Digitized by Google

und Unterthanen also regieren und auf seinem Grund und Boden solche Vorsehung thun, damit von dannen niemanden einiger Schade zugefügt werde."

„III. So er aber solches zu thun unterliesse und derselbe seine Benachbarten oder diejenigen, denen etwa ein Schade von dergleichen Landstörtzern und Faulenzern, sie wären zu Ross oder zu Fuss, erfolgte, inne wurden und erfuhren, soll der oder dieselbe, so es also inne worden, es seinem Nachbarn zu wissen thun und ihn erinnern, dass auf seinem Grund und Boden dergleichen Leute vorhanden: und da derselbe solche Leute selbst aufheben oder zur Haft könnte bringen lassen, soll er dem Herrn, dessen der Grund ist, oder desselben Amtmann oder dem, so ihm am nächsten gesessen, davon verständigen, damit er neben ihm dahinschicken und sie also aufgehoben und gefänglich angenommen werden möchten. Wollte aber deren keiner dazu behilflich sein, kann der, so die Hilfe begehrt, den anderen vor Uns, da Wir im Lande und in Unser Abwesenheit vor Unseren Statthalter oder Unser Landrecht citiren, dass er sich gestellen und wegen nicht geleisteter Hilfe und dass er auf Ermahnung solche Landstörzer und Faulenzer nicht aufheben helfen, purgiren solle: und wo er sich dessen nicht purgirte, noch billige und erhebliche Ursachen, mit denen Wir oder Unser Landrecht zufrieden sein können, zu seiner Entschuldigung ausführte, soll er demjenigen, dem von solchen Leuten Schaden geschehen, 50 Schock Groschen Böhmisch, im Fall der Schaden nicht höher, erlegen und dazu 4 Wochen lang in Verhaftung sitzen."

„IV. So sollen auch die Unterthanen, sowohl eines oder des anderen Standes keine dergleichen Leute in ihren Behausungen leiden, noch in die Krätscham einnehmen, wie auch dieselben weder mit Futter noch Mehl, noch etwas anderen befördern, viel weniger ihnen auf das Feld oder in die Wälder, weder heimlich noch öffentlich etwas bringen, oder sonst in eintzigerlei Weise noch Wege ihnen beispringen. Würde aber solches auf einen Unterthan dargethan oder erwiesen und derjenige, dem Schaden geschehen wäre, an seinen Herrn begehrte, dass er sich mit demselben Unterthan vergewissige und ihn vor die Kreishauptleute stellen soll; dasselbe ist ein jeder Herr zu thun und dem Kläger, dass er sich mit dem Unterthan, vermög seines Begehren vergewissiget, zeitlich zu notificiren schuldig."

„V. Wann nun der Unterthan den Kreishauptleuten vorgestellt und die Sache sich also im Werk befindet, soll er am Leib gestraft werden. Da aber die Vergewissigung des Unterthans nicht erfolgte, auch vor den Kreishauptleuten derselbe nicht gestellt würde, soll er demjenigen, so die Vergewissigung des Unterthans begehrt, 50 Schock Groschen Böhmisch verfallen, auch da er ihn um etwas mehreres zu Recht vornehmen wollte, ihm solches zu thun bevorstehen."

„VI. Soviel aber die Strafe, welche wegen Nichtgestellung des Unterthans und obangezogener Ursachen halber herrührt, anlangt, soll dieselbe nachfolgender Gestalt eingebracht werden, nämlich: wann

Digitized by Google

von den Kreishauptleuten desselben Kreises eine Relation zur Landtafel geschickt, darum nämlich und in was Sachen einer dem andern von ihnen den Kreishauptleuten beklagt und der so beschickt worden, sich nicht gestellt so mag und kann nach geschehener Relation der, so die Strafe erhalten, auf des anderen Gut das Recht oder den Executionsprocess führen oder aber einen Steckbrief nehmen, allermassen wenn es nach erlangtem Standrecht gebräuchlich."

„VII. Das Bauersvolk betreffend, sollen dieselben ebenermassen, wie auch die Bürger in den Städten keine Müssiggänger oder Faulenzer, sonderlich welche nicht beweibt sind, bei sich leiden. So soll man auch keinen vor einem Hausgenossen annehmen, oder in den Krätschamen beherbergen oder liegen lassen, so sich nicht verdingen wollen, damit man des Gesindes und der Dienstboten jederzeit eine Nothdurft haben könne. Es wäre denn, dass sie also beschaffen, dass sie Alters und Krankheit halber nicht arbeiten oder dienen könnten, alsdann mag man sie von Hausgenossen annehmen: aber welche Hausgenossen beweibt sind, auf dieselben sollen die Wirthe Achtung geben, damit sie sich mit ihrer Handarbeit nähren."

„VIII. So aber ein Hauswirth bei seinem Hausgenossen vermerkte, dass er mit anderen Sachen, als mit seiner Handarbeit umgehe, und in dem Krätscham sich stets finden lässt und allda faulenzt, soll er dasselbe alsobald seinem Herrn anmelden und der Herr soll ihn wirklich strafen. Und soll ein jeder in seinem Gebiet, wo er Unterthanen hat, es also versehen, dass gemeldete Faulenzer und Müssiggänger nicht gelitten noch geduldet werden, denn männiglich mag einen solchen Müssiggänger aufheben und niemand soll sie vertheidigen, sondern vielmehr verhilflich sein, damit sie Verhaft genommen werden, alles bei obbeschriebener Pön und Straf."

„IX. So aber ein Bauersmann nicht zulassen, sondern verwehren wollte, dass dergleichen Müssiggänger und Faulenzer nicht sollten oder könnten aufgehoben werden, soll der, welcher sie aufheben wolle, demselben Herrn, dem die Unterthanen zugehörig, vor die Kreishauptleute beschicken, dass er sie vor ihnen, den Kreishauptleuten, gestellen und wann sie gestellt, nach ihrem Verbrechen geurtheilt werden möchten: wann derselbe Herr auch diesem nicht nachkommen, noch stattgeben wollte, sollen die Kreishauptleute ihn beschicken und wirklich dazu anhalten, dass er dergleichen Faulenzer und Müssiggänger unter seinem Gebiet nicht leiden soll."

„X. Weil auch zum öftern die Bettler in diesem Königreich mit Feuer grossen Schaden gethan und noch wohl thun möchten, so soll in den Städten, Märkten und Dörfern solche Fürsehung geschehen, dass wo etwa dergleichen Bettler vorhanden sind, der Herr, dem die Gründe zugehören, oder unter dem dieselben sind, seinen Unterthanen, Bürgermeister, Richter und Geschwornen nothdürftiglich befehlen, auf dieselbe Achtung zu geben, damit sie nicht von einer Stadt oder Dorf zum andern auf die Jahrmärkte oder Kirchweihen umlaufen, sondern in den Spitälern verbleiben. Und so einer unter dieselben

Digitized by Google

ausginge, der Meinung und unter dem Scheine des Bettelwerks, seine Büberei desto besser zu treiben, derselbe soll eingezogen und derowegen wirklich gestraft werden."

„XI. Nachdem sich auch in Unseren königlichen, sonderlich in den Prager Städten, bei Unserem königl. Stuhl und Residenz eine grosse Menge der Bettler und meistentheils Ausländer, auch darunter ihrer viel, so sich anderer Gestalt wohl nähren könnten, befinden und theils wer, woher und von wannen sie sind? niemanden bewusst und fast unmöglich, dass vermittelst ihrer nicht viel Unordnung und Böses erfolgen, wie dann auch zu Sterbenszeiten daselbst sie in die Prager Städte die Infection leicht durch sie eingebracht werden kann, derowegen sollen dergleichen Bettler und andere Müssiggänger und Umlaufer in den Prager und anderen Städten nicht gelitten, sondern zuforderst von einer jeden Obrigkeit auf dero Gründen die Anstellung und Ordnung gemacht werden, damit ihre Unterthanen, so das Brod mit ihrer Handarbeit nicht erwerben können, also versorgt werden möchten, dass sie die Unterhaltung, es sei in den Spitälern oder anderer Gestalt auf derselben Herrn Gründen haben können."

„XII. Die Ausländer aber, so keine Herrn haben, wie auch andere Leute, die sich sonst mit ihrer Handarbeit und Robot wohl ernähren, oder den Leuten dienen können, sollen durchaus nicht gelitten, sondern aus den Prager und anderen Städten vertrieben und abgewiesen werden. Welche aber also kranke, gebrechliche und unvermögende Leute sind, dass sie sich vom Betteln und Almosen erhalten müssen, die sollen von dem Magistrat in den Prager und anderen Städten sonderliche Zeichen haben und in einer jedweden Stadt zu Prag gewisse Personen dazu verordnet werden, dabei fleissige Aufachtung zu geben, dass gute Ordnung darin gehalten. Und da ein Bettler ausgetrieben und wiederum zurückkäme oder der sich sonst wohl ernähren könnte, dem Betteln wie vorhin nachgehen wollte, ein solcher, wann er unter einer oder anderen Gebotmässigkeit betreten oder ergriffen, soll gefänglich eingezogen und nach Erkenntniss wirklich gestraft werden."

„XIII. Es soll auch dem, so ihn also eingezogen, deswegen von keinem Gericht, noch auch von dem Erbherrn desselben Bettlers einzige Hinderniss noch Beschwerung geschehen oder zugefügt werden."

„XIV. Diejenigen, so von Uns und dem Land Urlaub genommen, sollen ferner keine Wohnung in diesem Unsern Erbkönigreich Böhmen haben. So aber die, so allbereit Urlaub begehrt, ihre stete Wohnung überdies im Lande haben wollten, sollen sie sich persönlich vor den Unteramtleuten bei der Landtafel angeben und bekennen, dass sie sich aller Unterthänigkeit, kraft voriger Pflicht, verhalten, auch den Rechten, wie anderen Unterthanen unterworfen sein wollen, und soll solche ihr Bekenntniss bei der Landtafel eingeschrieben werden. Es sollen aber die Kreishauptleute auf diejenigen, so Urlaub genommen, in den Kreisen Achtung geben, und da sie über dieses und ohne vorgehende obberührte neue Obligation im Lande ihre Wohnung zu

Digitized by Google

haben sich unterstünden, sollen sie als andere Faulenzer oder Landstörtzer aufgehalten werden."

Die folgenden Vorschriften sind dem *Codex Ferdinandeo-Leopoldino-Josephino-Carolinus* von Weingarten entnommen (1701 in erster, 1720 in zweiter Auflage erschienen).

Die auffällige Lücke in der zeitlichen Aufeinanderfolge dürfte durch den in der Zwischenzeit tobenden dreissigjährigen Krieg zu erklären sein, der kaum Zeit zu Landstreicherverordnungen liess, andererseits aber das ganze Land in Elend stürzte. *Inter arma silent leges.*

Ein böhmisches Statthaltereipatent vom 23. September 1661 gibt nach einer weitschweifigen Einleitung eine umfangreiche Bettlerordnung, welche wörtlich mitzutheilen schon ihres culturhistorischen Interesses wegen von Werth sein dürfte. Sie wirft ein Streiflicht auf die damaligen Zustände, besser als eine Sittenschilderung vermöchte. Die Selbstsucht der damaligen Stände, welche fürsorglich bemüht waren, die Armenlasten von sich abzuschütteln, und daher den Bettel begünstigten, tritt grell hervor.

„Zuförderst ist die studirende Jugend betreffend, so aus unumgänglicher Noth durch das heilige Almosen die Lebensmittel zu suchen gedrungen wird, solches wird denjenigen allein freigelassen, welche von dem *Rectore Magnifico* oder dem akademischen Magistrat, dass sie wirklich studiren, eine glaubwürdige Attestation oder ein anderes von denen ihnen gegebenes Zeichen vorzuweisen haben, auch nicht unzeitig oder solcher Gestalt, wie es die bisherige Erfahrung gegeben, den Leuten mit verhassiger, ungestümer Anmahnung nachlaufen, sondern bescheidentlich gedachte Almosen begehren oder auch Abends jedoch solcher mit andächtigem Gesang und ohne alle Instrumentalmusik ruhig suchen werden. Andere aber alle, so dergleichen Attestation oder Zeichen vom oberwähnten *Rectore Magnifico* oder dem akademischen Magistrat nicht hätten, *eo ipso* für solche, die *de facto* nicht studiren, gehalten, in Verhaft gezogen, darinnen zur Strafe bei trockenem Stück Brot und einem Trunk Wasser drei Tage büssen, hernach durch den Stadtrichter aus der Stadt mit dieser Anlage, selbe hinfür wirklich zu vermeiden, als unnütze Störtzer und Müssiggänger ausgeführet."

„Andertens alle Bettler beides Geschlechts auf einen bestimmten Tag und hierzu absonderlich erkiesten Ort versammelt und in Gegenwart theils dazu erwählten Rathsverwandten und der 6 Amtleute ein jeder besonders vorgefordert: wer? und von wannen selber ist? ob er frei und nicht etwa mit Unterthänigkeit verbunden? auch katholisch? wie oft er gebeichtet und das hochwürdigste Sacrament des Altars empfangen? wo er wohnhaft? wie lange er sich bei der Stadt aufgehalten? mit was für Arbeit er sich ernähret? und was er noch für Mittel hat? wer die sind, so ihn kennen? warum er den Bettelstab ergriffen? was für ein Gebrechen, Schaden oder Mangel er hat? wie er dazu kommen? ob er ein ehelich Weib oder nur Beischlaferin

Digitized by Google

hat? ob er vor und ehe er gebettelt oder hernach geheiratet? wann, wo und von wenn sie zusammengeben worden? ob sie Kinder gezeuget? ob sein Weib arbeiten und ihn ohne betteln zu ernähren vermag? oder ob die Kinder dienen, auch solcher Gestalt für sich und die Eltern die Lebensmittel erwerben können? fleissig examinirt, *ex contrario* auch die Weiber *mutatis mutandis* gefragt werden sollen. Anlangend die Leibsgebrechen, zu deren gründlichen Erkundigung, ob dieselben nur erdichtet oder wahrhaftig, sollen obgedachte 6 Amtsleute für die Mannspersonen zwei glaubwürdige, wohlverhaltene Männer und für das weibliche Geschlecht zwei Weiber erkiesen, durch selbe jedes Gebrechen mit allem Fleiss examiniren, besichtigen und vermerken lassen, dafern sich keine Schalkhaftigkeit, Täuscherei, List oder Betrug ereignet, auf solchen Fall und wann obangeregte aus den Rathsmitteln Deputirte sammt ihren 6 Amtleuten, dass die armen oder bresthaften Manns- oder Weibspersonen katholisch und wegen wirklicher Krankheit, hohen Alters und Ermanglung aller Lebensmitteln weder mit der Handarbeit das liebe Brod nicht erwerben, noch sonst sich ernähren können, ersehen und befinden würden, sodann allererst solchem jedem Mann oder Weib ein Merkzeichen mit dem Wappen derselben Stadt, in welcher ihm das Almosen vergönnt wird, aushändigen und seinen Namen mit dem Zunamen in absonderliche Register, welches sie Amtsleute zu dem Ende zu verfassen haben, einschreiben sollen, mit dieser genugsamen Ermahnung, dass ein jeder solche zu dem Almosen Zulassung hochachten, gottesfürchtig leben und das Almosengeld nicht miss- sondern wohl und auferbaulich zu gebrauchen schuldig, welchem nach nur allein denjenigen, so obangeregtes Zeichen einer Stadt haben werden, in eben derselben Stadt und auf einem gewissen ihnen ausgewiesenen Ort das Almosen zu betteln, frei stehen wird, welches Almosen von den Leuten sie bescheidentlich, sittsam und ohne aller Ungestämmigkeit, wie es die meisten nicht ohne grosser Aergerniss und Beleidigung der Barmherzigen unverschämt zu thun keine Scheu getragen, begehren, auf das so zusammengebrachte Almosen mässig und ehrlich leben, solches weder versaufen noch verspielen, alle Tage früh der heiligen Messe beiwohnen, sodann vor der Kirche, einem Hospital oder Lazareth mit andern ebenmässig der Stadt Merkzeichen habenden sich in der Ordnung halten, die Uebertreter aber aller Almosen entsetzt und die Stadt vermeiden sollen."

„Drittens wird zur Erhaltung dieser guten Ordnung vonnöthen sein, dass die Richter die Bettler, und zwar in jedem Viertel der Stadt einer jetztgedachte Bettelleute, damit sie ihrem eigenen Willen nicht folgen, sondern diesen Artikeln allerdings nachkommen möchten, hiezu wirklich verhalten: massen dann mehr erwähnte 6 Amtsmänner hiezu noch ferners verbunden werden, darauf fleissige Acht zu haben, gedachte Bettler bei Ausgang jeder vier Wochen zusammenzurufen, vermög obangeregter, hiezu aufgerichter Register, ob unter die Bettler nicht andere, so das Merkzeichen der Stadt nicht erhalten, sich zu-

Digitized by Google

gemischt, zu inquiriren, selbe zu zählen, nicht weniger bei dieser Zeit und Gelegenheit, oberwähnte zu Besichtigung der Gebrechen verordnete Mann und Weibspersonen, ob nicht ein oder der andere zuvorgeweste bresshafte Bettler gesund und zu der Arbeit wiederum tauglich worden, ergründen zu lassen und solche ausgeheilte zu besagter Arbeit anzuhalten."

„Viertens, gleichwie es unbillig, dass die bettelnden Kinder, Buben und Mägdlein, so nach und nach arbeiten oder dienen könnten, mit dem Betteln die Zeit verzehren und in den Müssiggang sich gewöhnen sollen, es sei denn, dass etliche derselben etwa einen blinden Vater oder Mutter sonst anderer derselben Gebrechen, hohen Alters oder augenscheinlicher Krankheit ohne Arglist, unvermeidentlicher Noth halber bedienen müssten: also wird hiemit ausdrücklich gesetzt und verordnet, dass ausser dieser und dergleichen, alle anderen Kinder und Jugend durch den Richter und dessen Amtsschreiber, wann der Bettelrichter nicht erklecken könnte, von dem Betteln ab und zu dem Dienst oder arbeiten angehalten werden sollen."

„Fünftens, so wird auch hiemit verboten, fremde Bettler in diese Prager oder andere Städte von anderwärts zur Zeit der Jahrmärkte, hohen Festtage, Solennitäten oder einigerlei Wallfahrten einzulassen, den hiesigen aber, so der Stadt Merkzeichen erhalten werden, aus einer Stadt in die andere, ausser wenn einiges allgemeines Almosen vorfallen oder nach einem Requiem für die Abgestorbenen eine Austheilung sich zutreffen würde, zu übergehen."

„Sechstens nicht weniger die Fremden, so unter dem Vorwand der Wallfahrer, armen und verwundeten Soldaten, item die so mit allerhand Bettelbriefen auf die abgebrannten Kirchen oder in anderen unglücklichen Zufällen, die Hilfe zu suchen, wie auch diejenigen, so ihre Eltern oder Befreundte bei den Türken für gefangen vorwenden: item die wandernden Handwerksleute, welche sammt sie bei ihres Handwerks Meistern keine Arbeit haben könnten, fürschützen, dafür sich dann manche ausgeben, daferne solche entweder von ihrer päpstlichen Heiligkeit, ihrer kaiserl. und königlichen Majestät oder sonst anderen hohen Obrigkeit, der Städte Magistrats oder einiger Zunft keine glaubwürdigen Zeugnisse vorzeigten, sollen gleicher Gestalt von den Thorwarten und Stadtwachten auf keinerlei Weise in die Stadt gelassen werden, würde aber ein oder der andere ein genugsam glaubwürdiges Zeugniss in dem Thor vorweisen, so wird hiemit befohlen, dass ein solcher durch einen Stadtmusquetier zu dem Bürgermeisteramt derselben Stadt, zu dessen Thor er kommen, um Ersehung und Examinirung der Person und ihres mithabenden Passbriefes begleitet und wann der Bürgermeister dabei nichts verdächtiges befindet, ihm das Almosen in jeder Stadt drei Tag nacheinander zu suchen, durch eine absonderliche schriftliche Bewilligung erstattet; nach Ausgang dieses Termines aber ein solcher Mensch wieder dem Bürgermeisteramt von dem Stadtrichter zu und von dannen auf jetzt vermeldeten Bürgermeisteramtes fernere Verordnung von einem hiezu

Digitized by Google

bestellten ehrlicher Weise aus der Stadt geführt, und wann er wieder zurück in die Stadt einschleichen und ohne vorgehende Anmeldung bei dem Bürgermeisteramt in der Stadt störtzen, faulenzen und betteln würde, ein solcher darum, dass er sich, wie er instruirt, nicht verhalten und nach Verstreichung der ihm verliehenen Frist allda betreten lassen, wie ein anderer Störtzer und Müssiggänger durch den Stadtrichter oder dessen Amtsschreiber der Stadt verwiesen werden solle. Gestalt dann für's

„Siebente, alle gedachte Faulenzer, Müssiggänger, starke, gesunde Bettler und alle obangedeutete das Stadtmerkzeichen nicht habende Häuser und Gassen Störtzer aus der Stadt getrieben werden, obgemeldete 6 Amtleute, der Stadtrichter und dessen Amtschreiber die Viertelshauptleute sammt den Fünfzigern und Zehentnern, absonderlich aber die Richter der Bettler und aus der Bettler Anzahl ausgelassene Zehentner auf dergleichen Leute gute Acht haben und selbe zu dieser Zeit nachfolgender Bestrafung wirklich bringen sollen. Nemlich für's

„Achte, sintemalen an Exequirung dessen, was verordnet wird, es am meisten gelegen und wann man die Uebertretungen nachsieht, dadurch alle Satzungen leicht gebrochen und vernichtet werden; derowegen und damit diese von Ihro kaiserl. und königl. Majestät allergnädigst beliebte und ratificirte Ordnung auf künftige Zeiten wirklich beobachtet und unverbrüchlich gehalten werde; so thun an statt und im Namen mehr Allerhöchsterwähnter Ihrer kaiserl. und königl. Majestät, deroselben Richtern, Bürgermeistern und Räthen dieser königl. Präger, wie auch respective anderer Städte Rathmännern hiemit befehlen, dass sie darüber wirklichen Schutz halten und allermassen sie Amts halber das Böse zu unterbrechen und das Gute zu erheben verbunden, was zur Vermehrung jetzt gedachter guter Ordnung gereichen möchte, jederzeit fleissig in Acht nehmen, diese Ordnung niemands übertreten, sondern wann ein oder der andere in einem widrigen betreten würde, sodann jedesmal besagte Müssiggänger und unverschämte Leute, so ohne der Stadt Zeichen betteln, und dass sie einmal ermahnt worden, gleichwohl die Stadt nicht meiden wollten, durch die Stadtrichter in die Schachtleien zu ziehen, hernach nach ausgestandenem dreitägigen Gefängniss ihnen, sich weiter zu verfügen, anbefohlen, da aber jemand dem nicht nachkommen oder auch sich weigern würde, dass ein oder der andere zum Almosen zugelassen, obgedachtes ihm zur Beglaubigung dessen gegebenes Stadtmerkzeichen einem anderen etwelchen Vortheils oder Nutzens halber übergeben, verkauft oder einer dem anderen entzogen oder dass jemand, er habe mehr erwähntes Stadtzeichen oder nicht, aus einer in die andere Stadt (ausser obbeschriebener, in dem fünften Artikel erhaltenen Verwilligung) übergangen, und auf der ihm ausgewiesenen Stelle nicht bleiben wolle (welcher jeder zur Strafe seines Ungehorsams jetztgedachten ihm gegebenen Zeichens sich verlustig machen wird) auf solchem Fall jedwedem andern zum Exempel und Warnung durch die Büttel- oder Stadtknecht aus der Stadt führen,

Digitized by Google

der überdies wiederkommen, von seiner Vermessenheit nicht abstehen und sich zum andernmal betreten lassen würde, in den Fusseisen bei der Schanzarbeit der Bekenntniss nach halten, oder die Gassen räumen; und welcher sich zum drittenmal diesfalls vergreifen thäte, einem solchen durch den Scharfrichter mit Ruten ausstreichen sollen."

„Neuntens, es hat die Erfahrung nicht einmal mitgebracht, was Gestalt derer viel, so das Almosen begehren, was sie durch erbärmliches und bewegliches Bitten von barmherzigen Leuten erhalten, bald hernach in gewissen Bestandsschankhäusern unnützlich versaufen, verspielen und verschwenden und sonst dabei sehr ungebührlich und liederlich sich erzeigen; derohalben wer dergleichen Schlemmer leichtfertig und lotterbubische Bettler beherbergen und ihnen solche Schwärmerei um eigenen Nutzens willen zu gut halten und zu gestatten sich unterstünde, derselbe am Gelde für eine jede Person zu 5 Schock Weisse, so oft als er dessen denuncirt, gestraft: ein solcher leichtsinniger Bettler abend in die Eisen geschlagen und auf den Gassen oder allwo das 6 Männeramt es für gut befinden möchte, bei einem Stück Brodes und einem Trunk Wasser 10 Tage über ohne Nachlass den Koth räumen soll."

„Zehntens, nicht weniger hat sich auch dieses öfters zugetragen und thut annoch vorfallen, dass etliche Bettler mit erdachtem Schaden die Leute betrügen, und ob sie schon wohl arbeiten könnten, gleichwohl den allerheiligsten Namen Gottes eitel nennen, das heilige Almosen sehr übel missbrauchen, die Wunden ihnen schwürig machen oder mit abscheulichen, alten, unsauberen und blutigen Fetzen nicht aus der Noth, sondern damit sie hiedurch die Leute zur Darreichung des Almosens umso viel mehr bewegen möchten, auf die Geschwüre oder um die Füsse binden; als sollen alle dergleichen Bettler, wie auch die *monstrosi partus* oder Missgeburten von den Hauptgassen oder Strassen, den Prägerischen Brücken, Schlossstiegen und von den Kirchen, allwo sie an den heiligen, hohen Festtagen und anderen Solennitäten auch sonst zu sitzen und zu betteln pflegen, und aber wann sowohl der höheren Herren Stände Frauen, als des Bürgerstandes Eheweiber alsda vorbeifahren oder gehen durch deren Anschauen sich versehen und ihrer Leibesfrucht leicht einen gefährlichen Schaden zuziehen könnten, abgefertigt, von den geschwornen Landschirurgis, welche ihre Landsbesoldung jährlich richtig bekommen und daher es zu thun schuldig, besichtigt werden; wann nun ein oder der andere Bettler mit dergleichen abscheulichen Gebrechen und Geschwüren wahrhaftig behaftet wäre, ein solcher wird befugt sein, anderswo als allein vor dem Stadtthor das Almosen zu bitten; und zu leichterer solcher bresthafter Leute Unterhaltung setzen und ordnen wir, dass in einer jeden Stadt, auch auf dem Hradschin, und zwar in jedem Stadtviertel ein Elemosinarius, in derselben Stadt Farben bekleidet und auf solchem Kleid an der linken Seite auf einem blechernen Zeichen mit Ueberschrift für wen und zu welchem Ende solches Almosen begehrt wird, mit einer also verwahrten und ver-

Digitized by Google

schlossenen Sparbüchse, dass daraus kein Pfenning ausgeschüttelt, weder selbe von gedachtem Elemosinario aufgesperrt oder eröffnet, und mit so gestalter mässigen Glocke, so desto besser gehört und von anderen Glöcklein unterschieden werden könnte, verordnet werde, welcher das Almosen bescheidentlich vor den Häusern stehend begehren, sodann was er gesammelt dem verordneten Inspectori der Armen, so dergleichen Sparbüchsen bei den Kirchen und in den Wirthshäusern aufzurichten haben wird, wöchentlich zu tragen, der Inspector aber nach seinem Gutdünken und nach Gestalt gedachter bresthafter, armen Leute dieses wöchentlich zusammengebrachte Almosen austheilen und bei jedem Quatember ein verlässliches Verzeichniss was an Almosen die Zeit über gesammelt worden, den 6 Amtleuten zur Nachricht erlegen soll. Ueber dieses alles

„Eilftens bleiben die Bürgermeister und Räthe dieser Präger und Rathmänner anderer königlicher Städte hiezu verbunden, die bei ihren Gemeinden durch schweres Arbeiten ganz ausgemergelte und kraftlose Leute, imgleichen auch wann einiger Bettler unter den Holzhaufen am Ufer oder auf dem Misthaufen krank und ganz liegerhaftig, wie nicht weniger ein unsinniger oder vom Verstand kommener Mensch bei der Stadt sich findet, in die Hospital oder Lazareth selbe zu nehmen, zu deren Unterhaltung bei den Kirchen und nach jeder Predigt (vermittelst einer Vorbitte des Predigers, wie es Herkommens) das heilige Almosen durch absonderliche, hiezu bestellte Elemosinarios sammeln zu lassen, auf die Kirchen und Hospitaleinkünfte genaue Acht zu haben und nach gethanem Entwurf, was für eine Anzahl der Armen, so jedoch aus den Lazarethen nirgend zum Betteln gehen sollen, aus obermeldeten Einkünften und Almosen erhalten werden könnten, so viel derselben in gedachtem Hospital zu versorgen und zu unterhalten, damit obangeregte so nothdürftige arme verlassene Leute in solchem ihren elenden Zustand nicht hilflos gelassen, sondern gebührend versehen werden möchten."

„Zwölftens, weil kraft dieser obbeschriebenen Bewilligung diejenigen Leute, so in vorgehenden Artikeln ausdrücklich benennt sind, allein und keine andern fremden Bettler gelitten werden sollen. Hierum so wird der Städte Thorwartern und den Ueberführern allhier ernstlich auferlegt, dasjenige, was oben in dem sechsten Artikel ihretwegen ausgesetzt, genau zu beobachten, denselben nachzuleben und keinen Bettler, der nicht ein Stadtzeichen haben würde, in die Stadt einzulassen, sondern sobald ihn der Thorwarter und die Stadtwache am Thor oder der Ueberführer an der Ueberfuhr erkennt, jeden solchen wieder zurückweisen, dass er etwa verdächtig sei anzuhalten und in die Schachtlei zu fernerer der Sache inquirir und und billig mässiger Versehung zu übergeben."

„Zum Dreizehnten, damit aber alle und absonderlich die allhier benannten, so es am meisten betrifft, dieser Satzung und Verordnung desto bessere Wissenschaft haben und obangedeutete unnachlässige Bestrafung umso viel leichter verhüten können: so wollen wir, dass

Digitized by Google

in jeder Stadt, wie auch auf dem Hradschin 4 Wochen nach einander an jedem Sonnabend oder wenn auf denselben etwa ein Feiertag einfiele, an einem anderen Werktag, fürderhin aber jedes Monates wenigstens einmal ein kurzer Auszug dieser aller Artikel zu besserem dessen, was darin begriffen, der Bettler Gedächtniss und unverbrüchlicher Observanz und Nachlebung auf den Märkten und durch die Gassen der Stadtknecht oder Büttel insgemein ausrufen soll."

„Zum Vierzehnten und schliesslichen alle die Uebertreter dieser Verordnung die Bettelrichter zu obenerstandener Bestrafung gewiss und ernstlich zu bringen, wann aber sie selbst etwa mit Geld sich bestechen lassen und etwas wider diese Verordnung nachsehen oder bei ihnen einige Vortheilhaftigkeiten erforscht und erfunden wurden, auf solchem Fall nicht weniger und nicht anders, als wie gedachte Uebertreter dieser Verordnung die Bettelrichter auch selbst mit der Schachtlei und fernerer Erkenntniss nach ernstlich und wirklich gestraft werden sollen; wonach sich ein jeder zu richten, obvermerkte Strafen zu vermeiden und hieran allerhöchst besagter Ihrer kaiserl. und königl. Majestät allergnädigsten Willen und Befehl allerunthänigst gehorsamst zu erfüllen wissen wird."

(Gegen das Bettelstudententhum richtet sich auch ein böhmisches Rescript vom 20. October 1694, dessen Inhalt nicht weiter in Betracht kommt.)

Mit Decret vom 5. März 1678 wurde unter anderem aufmerksam gemacht, dass es bei den jetzigen gefährlichen Kriegsläufen die unumgängliche Nothdurft erfordere, „dass auf alle Müssiggänger, Faulenzer und welche in Gestalt von Pilgramen oder von Türken-Gefangenen herumgehen und andere dergleichen Leute, von welchen viel Uebel entstehen kann, gute Obsicht gehalten werde.

Eine Art Polizeiordnung, das Patent vom 28. November 1696 für Böhmen, verordnet im 9. Artikel folgendes: „So will auch zu Einrichtung guter beständiger Polizeiordnung die unumgängliche Nothdurft erfordern, damit unter den in grosser Menge eingeschlichenen Bettlern und dergleichen Leuten sowohl Manns- als Weibspersonen ein Unterschied gemacht, diejenigen, so keine Herrn haben, sonst aber frisch stark und gesund und sich mit ihrer Arbeit und Roboten wohl ernähren und dienen könnten, hingegen sich stumm, taub, lahm, krumm, blind, auch offene Schäden und den Erbgrind zu haben fingiren, durch geschworne Landchirurgen zum öftern visitirt, um diesen Betrug zu erkennen, die also verhüllte und verdeckte Schäden urplötzlich aufgebunden, auch andere *defectus* inquiriret, die *ficti a veris* discernirt, die Wahrheit aufgesucht werde; als sollen die geschwornen Landchyrurgi nicht allein zum öftern derlei sehr nöthige Visitirung vorzunehmen und wann solcher Betrug befunden worden, solchen alsobald den Magistratibus oder Stadtrichtern um derlei Betrüger, Faulenzer, Müssiggänger öffentlich bestrafen zu können, anzuzeigen, sondern auch, sowie sie die hausarmen Patienten in ihren Gebrechlichkeiten und Schäden vermög ihres obhabenden Eids curiren

Digitized by Google

und ob sie solches gratis thun oder was sie davon empfangen, über derlei arme Patienten wohl beglaubigte *Attestationes* zu produciren, nicht weniger, nachdem man wahrgenommen, dass obschon zu Zeiten dergleichen *Visitationes* geschehen, wobei sich gemeiniglich die Betrüger absentiren und heimlich verstecken, alle solche zuvor bei den beschehenen Visitationen abgesondert gewesenen Bettler, wo dieselben aufgesucht und betreten wurden, alsobald *aparte* zu visitiren und die wahre Bewandtniss behörig zu notificiren, schuldig und verbunden sein, worauf dann einem jeden hiesigen Magistrat, damit allerhand dergleichen betrügerische, unbekannte, gefährliche, fremde Bettler und Umlaufer der verneuerten königl. Landesordnung V. I., 12 und 13 gemäss von hier hinweg und aus dem Lande abgewiesen, sodann bei den Thoren, auf dass keine Fremden mehr eingelassen, auch keiner, der nicht das Stadtzeichen trägt, geduldet, viel weniger diejenigen, welche ihre Stützhändel, Stützärmel, Stützfüssel oder andere unförmliche Gliedmassen haben und solche den Leuten vorzuzeigen pflegen, zur Verhütung der dadurch besorgenden Missgeburten öffentlich zu betteln nicht gelitten, sondern in den Spitälern aufgehalten werden, zu veranstalten; welche aber also kranker, gebrechliche und alte unvermögliche Leute sind, die sich vom Betteln und Almosen erhalten müssen, insonderheit den armen Soldaten, welche ihre Gesundheit aus Lieb des Vaterlandes verloren und vom Feind krumm und lahm geschossen oder gehauen worden, und solches durch ihre Passporten aufzuweisen haben, gewisse Stadtzeichen aus Blei unweigerlich ertheilen zu lassen, den Bürgermeistern aber, solchen armen Bettlern gewisse Kirchen in jeder Stadt, wo sie sich versammeln und allda das heilige Almosen zu empfangen hätten, zu signiren, sonst aber ausser dieses benannten Ortes anderwärts in der Stadt auf den Gassen herum zu vagiren und zu betteln ernstlich zu verbieten, auch dabei fleissige Aufachtung zu geben und darin gute Ordnung zu halten amtshalber obliegen wird." Nach einer Vorschrift über den Vorgang seitens der Chirurgen heisst es sodann weiters: „Nachdem glaubwürdig vorkommt, wasmassen unter den Juden viel fremde Bettler und anderes unnützes Gesindel herumschleichen thäte, welche bei den Stadtthoren gegen Erlegung des vor einigen Jahren her aufgebrachten Judenzolls, so aber hiemit verboten wird, von den Soldaten und Wachten ohne Unterschied passirt, durch welche hernach aus Antrieb ihrer Armuth und nahrungslosem Wandel in allerhand Diebstählen und heimlichen Einbrechungen in die Häuser fast täglich viel Uebels angestiftet und annoch ein mehreres befürchtet wird, gestalten dann nur allein durch dergleichen jüdische Landstörtzer die anjetzo ausgebrochene falsche Münz auf dem Land ausgestreut worden; als sollen alle solche fremde, unangesessene und nahrungslose Juden (über welche auch die hiesige gemeinälteste Judenschaft sich selbst beschwert und um zeitliche Remedirung bittet) keineswegs geduldet, sondern aus dem Land alsogleich geschafft und ohne erhebliche Ursach künftighin bei schwerer Straf und Gefängniss, da er wieder

Digitized by Google

zurückkäme und betreten würde, in das Land, viel weniger in hiesige königliche Prager Städte admittirt werden."

Insbesonders mit der Zigeunerplage beschäftigte sich ein Statthaltereibefehl vom 15. März 1674, „demnach glaubwürdig verlautet, dass in unterschiedlichen Kreisen vielfältige Zigeuner sich befinden, durch welche viel schädliche Feuer und andere Ungelegenheiten verursacht werden, solche aber keineswegs zu gedulden, wie schon vormals bei den Herren gemessen verordnet. Als befehlen u. s. w. wir denselben wiederholt, dass sie diesem heillosen Gesindel (im Fall in der Herren anvertrauten Kreis sich einige befinden oder künftighin etwa einschleichen möchten) keinen Aufenthalt gestatten, sondern womit sie nirgends geduldet, auch überall aus- und abgeschafft werden, bei Vermeidung der sonst den Herrn auf Entstehung einigen Unheiles zufallenden schweren Verantwortung nachdrucksam darob und daran sein sollen". Ein gegen Mordbrenner erlassener Statthaltereibefehl vom 21. August 1689 verordnete „allen in diesem Königreich dem Vernehmen nach sehr häufig zusammengerottirten Zigeunern, dafern selbe innerhalb angesetzten wenigen Tagen das Königreich nicht meiden würden, dass sie von den Landjägern als vogelfrei zu verfolgen seien".

Weit schärfer ist bereits der Statthaltereibefehl vom 23. December 1692 an die Kreishauptleute, „dass sie, woferne in dem ihnen anvertrauten Kreise einiges solches Gesindel vorhanden, es vermög obvermeldeter Unserer sub 4. Februarii gegenwärtigen Jahres *in conformitate* Ihrer Majestät emanirten allergnädigsten Resolutionen ergangenen Verordnungen alsogleich dissipiren, solches über die Grenzen verjagen und ihnen mit allem erforderlichen Ernst bedeuten sollen, sich mit ihrem völligen Anhang innerhalb nächstfolgenden 8 Tagen, nachdem ihnen dies kundbar wird, aus dem Lande zu packen, sondern auch allen anderen von dergleichen Gesindel, wo sie deren einen oder mehr antreffen werden, kündig zu machen, dass selbige dieses Land zu allen Zeiten zu meiden und sich hierin keineswegs betreten lassen sollen. Allermassen widrigen Falles und da einer oder anderer darwider zu handeln sich gelüsten und hierlandes nach Verfliessung obangeregter 8 Tage gleichwohl betreten liesse, ein solcher vermessener Aechter der allgemeinen Fürsehungen und Verordnungen das Leben verwirken und durch den Strang zum Tod gebracht werden wird." Es folgen dem nach umständlichen Redewendungen Anordnungen, dass wenn die Obrigkeiten oder Unterthanen „ein oder mehr Zigeuner oder einige von derlei landstürzerischen Rout, einigen Aufenthalt und Beförderung, unter was Prätext es auch sei oder den Namen haben möge, zu geben sich unterfinge, der königliche Fiscus agiren; ein Unterthan aber, so sich gelüsten liesse, sie zu leiden, einen aus derlei Gesindel zu seiner Chaluppen auf 200 Schritt sich zuzunähern oder mit ihm anders umzugehen, ihm Brod und andere Lebensmittel zu reichen, am Leib und Leben unausbleiblich abgestraft werden solle." Allerdings so hitzig scheint die Sache in Wirklichkeit nicht genommen worden zu sein.

Digitized by Google

Das kaiserliche Rescript vom 11. Juli 1697 resolvirte „nahe berührte Zigeuner, wann dieselben fürohin in Unsern Erbkönigreich Böhmen sich betreten und blicken lassen werden, für vogelfrei erklären und declariren zu lassen".

Damit schliesst das Material ab, welches ich dem Codex Weingärtner's entnommen habe.

Die peinliche Halsgerichtsordnung Josef I. vom 16. Juli 1707 für Böhmen, Mähren und Schlesien bemerkt in § 46 des Art. 19 lediglich, dass „was nun endlich andere Laster, als Schmähungen, Falschheiten und dergleichen betrifft, oder von Austilgung und Bestrafung der Zigeuner, Landläufer, Flüchtlinge u. s. w. anlangt", auf die peinliche Gerichtsordnung Karl V. und auf gute Gewohnheiten verwiesen werde. Dagegen erwähnt §. 4 des Art. 19 der Urfehde Verwiesener. Wer „aus einer Stadt ausgestrichen und von der Stadt relegirt wird, dieselbige Stadt soll er auf ewige Zeit meiden und soll nimmermehr ohne Zulassung desselben Gerichtes wieder darein kommen, kommt er aber wieder, soll man ihm am Halse strafen".

Zu erwähnen wäre schliesslich noch aus dem von einem Ungenannten 1720 veröffentlichten Buche „vollständige Teutsche Stadt Recht im Erbkönigreich Böheim und Marggrafthum Mähren", dass eine Instruction der königlichen und Leibgedingstädte vom 2. März 1651 im Art. 29 gegen „Müssiggänger, Faulenzer und Herumschlenkerer" einzuschreiten heisst, im wesentlichen handelt es sich aber hier um eine Bezugnahme auf ohnehin vorliegende Verordnungen. Dasselbe gilt von der dazu abgedruckten königlichen Richterinstruction im Erbkönigreich Böhmen, deren Schluss eine Ermahnung zum Einschreiten gegen Müssiggänger, Faulenzer, verdächtige Personen und Bettelgesindel bildet.

Was Mähren anbelangt, so enthält die verneuerte Landesordnung vom 10. Mai 1628 die gleichen Bestimmungen wie jene für Böhmen von 1627. (Nach Elvert a. a. O., Fol. 249, nach Jiriček's deutsch-böhmischer Ausgabe aus dem Jahre 1890 aber Art. 112, Fol. 670.) D'Elvert hat das Landstreicherthum in Mähren in den Schriften der historischen Section der mährisch-schlesischen Gesellschaft zur Beförderung des Ackerbaues, der Natur- und Landeskunde (1867, Bd. 16, S. 847 u. f.), ferner das Zigeunerunwesen in Mähren und Schlesien (1859, Bd. 12, S. 110) behandelt. (Die Sammlung „der seit dem Jahre 1600 bis zum Jahre 1700 ergangenen allerhöchsten Gesetze" von Franz Weckebrod liefert strafrechtlich gar nichts, ebensowenig das „Promptuarium" von Franz de Serponte aus dem Jahre 1678, da es vorwiegend nur die Landesordnungen und Stadtrechte auszugsweise zusammenstellt.) Ich folge daher den Arbeiten d'Elvert's. Er führt in der ersterwähnten Schrift einen Landtagsschluss von 1676 an, welcher sich gegen das alljährlich zusammenrottende Schafflergesindel mit Androhung von Schanzarbeit und Ablieferung auf den Spielberg richtet. Landtags-

Digitized by Google

schlüsse von 1678 und 1679 setzen fest, dass „die sich häufenden und eines grossen Theiles aus Polen und Schlesien in dieses Land einschleichenden Bettler abgeschafft, die wahrhaft bresthaften und des Almosens dürftigen von den arbeitsfähigen und gesunden separirt, jene in den Spitälern, so viel möglich accommodirt, diese aber zu der Schanzarbeit oder sonst gegen einen leidlichen Lohn angestrengt, ingleichen die müssigen Handwerksburschen, die herrenlosen schadhaften Schützen und andere Faullenzer und Landstörzer hinweggewiesen und ihnen kein Aufenthalt irgendwo gestattet; das Zigeunervolk aber, da es sich wieder die vorlängst ergangenen Generalien hierlands betreten liesse, von den Herrschaften mit gesammter Hand ergriffen und von einem Gut oder Herrschaft zu der anderen unverzüglich geliefert und also fort und fort, bis über die Grenze gegen Polen ausgejagt werden", „wenn die Zigeuner abzuziehen sich weigerten, die königlichen Herrn Kreishauptleute auf erhaltene Nachricht, dieselben gefänglich anzuhalten, die stärkeren und tauglichen zu der Schanzarbeit auf eine geraume Zeit anzustrengen, die übrigen aber aus dem Land zu treiben, nicht ermangeln sollen". Weitere Einschärfungen erfolgten mit den Landtagsschlüssen von 1682, 1686, 1687, 1697.

Nach der Abhandlung „Zur Geschichte der Zigeuner in Mähren und Schlesien" sollen diese sich bereits 1416 in Böhmen gezeigt haben *(Scriptores rerum bohem.* III., 1829, S. 23). Die Zigeuner waren zur damaligen Zeit mit Privilegien des ungarischen Königs Sigismund ausgestattet. D'Elvert erwähnt mährische Landtagsschlüsse gegen sie von 1538, 1539, 1548, 1550, 1560 nach dem „Index der ständischen Pamatkenbücher", ohne deren Inhalt anzugeben, ferner einen Austreibungsbeschluss von 1575. Man scheint bald kurzen Process mit ihnen gemacht zu haben, denn das Patent Ferdinand I. vom 20. Jänner 1561 ordnete an, dass die Zigeuner, besonders die Weiber und Kinder nicht gleich zu ertränken oder sonst jämmerlich umzubringen, sondern wie Gefangene zur Arbeit und auf andere Weise zu verwenden seien. Im Jahre 1579 wurde ein vom Pascha von Ofen nach Mähren zum Zwecke der Plünderung ausgesandter Haufen Zigeuner bei Olmütz von den bewaffneten Mährern eingeholt, theils erschlagen, theils (bei 600) gehängt. Es folgten dann Landtagsschlüsse von 1599 und 1607. Zigeunerbanden schlossen sich 1625 dem Heere Wallenstein's an, um als Vortrab zu plündern. Nach dem 30jährigen Kriege beschäftigten sich die Landtagsschlüsse von 1677, 1678, 1682, 1683, 1686, 1697, 1698, 1700 und 1701 mit der Verbreitung des Zigeunergesindels. Dieselben wurden insbesonders der Ausspähung für verdächtig gehalten (wahrscheinlich nicht mit Unrecht). Endlich wurden sie auch in Mähren mit Patent vom 7. October 1701 für vogelfrei erklärt. Infolge eines Rescriptes vom 26. März 1704 wurden an den Grenzen Tafeln angebracht, auf welchen figürlich die Verweisung und die drohende Strafe dargestellt wurde. Umfassend ist schliesslich das Patent vom

Digitized by Google

20. Juli 1721, welches die bisherigen Vorschriften gewissermassen codificirte, die Zigeuner wurden neuerdings vogelfrei erklärt, waren als solche sammt den Weibern sofort niederzumachen oder aufzuhängen, die Kinder aber in Spitälern zu erziehen, jedoch war der Recurs und Gnadenweg im Wege der Appellationskammer nicht ausgeschlossen, ferner wurden die Warnungstafeln in Erinnerung gebracht, die Verfolgung eingeschärft und das Unterstandgeben verboten. Das Rescript vom 22. Jänner 1726 für Mähren, kundgemacht mit Patent vom 8. März 1726, erläuterte und dehnte diese Vorschriften dahin aus, dass die Zigeuner, bei Widersetzlichkeit anlässlich der Betretung sofort niedergeschossen oder sonst niedergemacht, von den Eingefangenen die Männer mit dem Strang hingerichtet werden sollten und besagte sodann: „*Quinto* den ziemlich starken, jedoch das 18. Jahr ihres Alters (worin die Discernirung bei diesem herumstreifenden und kein glaubwürdiges Zeugniss ihres Alters habenden Gesindels des Halsgerichtes Ermessen, ein solches aus dem Ansehen, Statur, Stärke, Verstand und anderen Zeichen abzunehmen, überlassen wird), noch nicht haben mögenden Buben, wie auch allen erwachsenen, in einer Zigeunerrotte betretenen Weibsbildern in dem Königreich Böhmen das rechte Ohr, in dem Markgrafenthum Mähren aber, wie ingleichen in diesem Herzogthum Ober- und Niederschlesien, dann in der Grafschaft Glatz das linke Ohr abgeschnitten, dieselben mit Staupenschlägen belegt, und sodann gegen einen geschworenen Halsrevers (worin allemal ihre, wie auch ihrer Männer und Kinder Vor- und Zunamen zu exprimiren, nicht minder deren Alter wenigstens beiläufig, nebst umständlicher Beschreibung ihrer Person und Gestalt beizusetzen ist) aus allen kaiser- und königlichen Erblanden auf ewig verwiesen, auch da *Sexto* die auf jetzt bemeldete Weise, mit der Fustigation und Relegation nebst dem Ohrabschneiden zu belegen kommenden ziemlich starken Zigeunerbuben und Weibspersonen, ausserdem, dass sie im Land betreten worden, sich auch eines anderen Verbrechens theilhaftig gemacht hätten, in solchem Falle dieselben nach Ausmessung der eine härtere Bestrafung mit sich bringenden Rechte angesehen, sonst aber an derlei ziemlich starken Buben (welche das erstemal mit Staupenschlägen und Verweisung wie auch Abschneidung des einen Ohres bestraft worden und obbemeldetermassen nach Ermessen des Halsgerichtes noch nicht 18 Jahre alt sein möchten) bei der andermaligen Betretung nebst Abschneidung des anderen Ohres die Fustigations- und Relegationsstrafe wiederholt, herentgegen *Septimo*, die zum ersten oder anderten mal mit einem oder wohl auch beiden abgeschnittenen Ohren oder mit einem an dem Rücken befindlichen Strafkennzeichen in einer Rotte betretenen erwachsenen Zigeunerinnen ihrer hierdurch erzeigenden Incorrigibilität halber, ohne Unterschied mit der Strafe des Schwertes angesehen werden sollen. Wobei jedoch *Octavo* obermeldeter königlicher Appellationskammer sowohl in diesem Fall, als auch sonst das *arbitrium*, welchen von den *ad poenam mortis* Condemnirten zur Ihrer k. u. k.

Digitized by Google

Majestät Gnadenthron *pro gratia* recurrirenden Zigeunern der Gnadenweg zu verstatten sei oder nicht, unbenommen sein wird. Auf dass aber *Nono* dieses schädliche Zigeunergesindel desto eher zu Stand Rechtens gebracht und ausgerottet werde, so sind mehr Allerhöchst gedachte Ihro Majestät allergnädigst gewollt, dass allen Landsinwohnern, absonderlich aber den Obrigkeiten und Beamten wie auch Vorstehern der Gemeinden, bei Vermeidung der unten gesetzten Strafe, obliegen soll, wann dergleichen Gesindel im Land, bevorderst aber in den Wäldern erblickt würde, solches alsogleich den benachbarten Oertern anzudeuten und um dieses Gesindel mit gesammter Hand zu Stand Rechtens zu bringen, einander Hilfe zu leisten. Dafern aber diesem Allergnädigsten kaiserlichen Befehl ein oder andere Obrigkeit, Beamter oder Vorsteher einer Gemeinde nicht nachkommen, sondern sich saumselig erzeigen, oder sonst jemand von den Landesinwohnern den Zigeunern *quocumque modo* einigen Unterschleif oder Aufenthalt verstatten thäte, so soll ein solcher mit 100 Ducaten Strafe (so Ihro k. u. k. Majestät zur Bestreitung der Criminalinquisitionsunkosten Allergnädigst gewidmet haben wollen) belegt und gestalten Sachen nach, annoch *a parte* von dero kaiserlichen Fisco actionirt oder sonst in anderem Wege zur gebührenden weiteren Bestrafung gezogen werden."

Die auf Schlesien bezüglichen Vorschriften entnahm ich zunächst den *„Fasciculi diversorum jurium"* von Johann v. Weingarten aus dem Jahre 1640.

Der Landfrieden vom 22. September 1528 hatte für beide Schlesien im 16. Artikel verordnet „die ledigen Leute, die nicht dienen oder arbeiten, sollen in den Städten, Dörfern, Ketschmern, noch anderswo über eine Nacht nicht gehauset werden, wer dawider thäte, soll seiner Herrschaft zur Busse, so oft das geschieht, 10 Mark Groschen unnachlässigen Poen zu geben verfallen sein".

Die Landesordnung des Fürstenthums Oppeln und Ratibor von 1562 enthielt im Artikel 43 „von Müssiggängern und Umläufern" die Bestimmung „dieweil männiglich kund und wissend ist, dass durch die Hausirer, Müssiggänger, Umläufer, Gartknechte und andere, so nicht arbeiten wollen, er sei beweibt oder nicht, dann auch durch ihre Eigensinnigkeit, Müssiggang, Spielen, ja Diebstahl den sämmtlichen Kreisen und anderen umliegenden Landen viel unordentliches Wesen und Schäden zugefügt werden. Derowegen, wo solche unarbeitsame Leute und Müssiggänger erkundet und betroffen, soll man sie in keiner Gemeinde dulden, auch bei keinem Mitwohner hausen, es sei in Städten, Städtlein, Dörfern oder anderen Orten, sondern man soll sie abweisen und schleunig abfertigen, ihnen auch keine Gärtnerei oder Miethung zulassen, bei 10 Mark Strafe, so in gemeinen Landeslade kommen soll".

Ein Landesschluss der Herren Fürsten und Stände in Ober- und Niederschlesien vom 10. September 1571 erging, an-

Digitized by Google

knüpfend an eine Fehderordnung von 1541 wider die Fehder und anderen muthwilligen, leichtfertigen und verdächtigen Leute. Gegen Fehder, auch Feeder, Absager u. s. w. genannt, sind in den meisten Landordnungen Bestimmungen erlassen, zum Theil noch im Anschluss an ein Fehderecht, wie es noch Art. 129 der Carolina, als Act der Selbsthilfe mit Einschränkuug anerkennt (über die Entwicklung siehe Wilda, Strafrecht der Germanen, 184—195). In den Landesordnungen, so insbesonders in jener für Schlesien handelt es sich jedoch anscheinend nur mehr um einen Auswuchs des alten Fehdewesens, welcher bedenkliche Verwandtschaft mit dem Leben der Ritter von der Landstrasse zeigt. In der steirischen Landgerichtsordnung von 1574 (Art. 93) ist bereits der Ausdruck Landzwang gebraucht, welcher von Feuerbach (peinliches Recht, §. 433) als „Drohung mit Verbrechen, welche von einem seiner Obrigkeit entwichenen, zu gefährlichen Menschen übergetretenen Unterthan ausgegangen ist", erklärt wird und der heute im Drohungsbegriff aufgegangen ist.

Die angeordneten Massregeln, Verbot der Beherbergung eines Fehders, Aufstellung von 24 Berittenen zur Bekämpfung derselben und die Verbindung dieser Bestimmungen mit jenen gegen die Müssiggänger weisen bereits darauf hin, dass viele Fehder (gleich den Räubern und Mordbrennern) in ihrer Mehrzahl criminell gewordene Heimatlose der Landstrasse gewesen sein dürften (ihre Strafe war Tod durch das Schwert, wie nach der Carolina, wo die Fehde im Anschlusse an die gefährliche Drohung behandelt wurde), allerdings vielfach nach Art des Michael Kohlhaas in Verfolgung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes. Darauf weist die Schlussbestimmung, dass den Fehdern, welche noch keinen Schaden gethan, noch als solche erklärt waren, eine Frist von zweimal 4 Wochen zu geben sei, innerhalb welcher sie ihre Angelegenheit beim Oberherrn oder den ordentlichen Gerichten anhängig machen sollten, und ihnen zur Führung ihrer Sache freies Geleite zu geben war. Es waren daher Leute, die sich mit der bestehenden Ordnung in einer Art Kriegszustand befanden. (Aehnlich in der Landordnung für Tirol von 1573 gegen Absager.)

Anders steht es mit den Landstreichern, deren sodann in dem erwähnten Landesschlusse als „Müssiggänger und Umläufer, so sich zum Theil Lands- und Reichknechte nennen", gedacht wird. Es wurde „geschlossen: dass hiefür derselben keiner soll garten oder betteln gehen, er habe denn von dem Stand oder Amt des Ortes, darin er zu garten oder betteln vermeint, eine Kundschaft oder Gunstbrief, welche ihm widerfahren soll, wo er gute richtige Passport oder Kundschaft vorzulegen hat, und doch länger nicht, denn allein auf etliche Tage, damit er so nach Gelegenheit des Kreises oder Amtes aus demselben in ein anderes kommen kann. Würde aber Jemand darüber ohne solche Kundschaft und Gunstbrief oder auch nicht länger als der Gunstbrief ausweist, mit Garten oder Betteln betreten,

Digitized by Google

der soll von den, da er sich desselben anmasst, gefänglich eingezogen und des Orts Stand Obrigkeit oder Amt zugeschickt werden, die sich alsdann gegen ihn nach Gelegenheit mit Strafe bezeugen sollen. Und ist hiemit berührten Umläufern Kundschaft auszubringen oder des Gartens und Bettelns abzustehen und sich für Schaden zu hüten, gleichfalls wie oben den Fehdern von dato 2 Monate lange Frist gegeben worden, jedoch dass sie mittler Zeit nichts ungebührliches vornehmen. So lassen sich beineben oftmals andere starke Bettler und Müssiggänger vermerken, welche die Herren Fürsten und Stände gleichergestalt keineswegs dulden noch leiden können. Und wollen demnach, dass ein jeder Stand, Obrigkeit oder Amt seine Armen, die entweder Alters oder Schwachheit halber christlicher Hilfe bedürfend unterhalten soll. Den andern aber, so jung und stark, soll man um's Brot Arbeit geben und daferne sie sie sich derselben weigerten, eingeschmiedet zur Arbeit halten oder von Gütern, da sie sich aufhalten, verweisen. Und nachdem hin und wieder viel Müssiggänger gespürt werden, die keine Handtierung, Gewerb oder Namen haben und doch Zehrungen führen, bisweilen auch spielen, Unzucht und allerlei übriges Fürnehmen treiben, daher dann weiter Unrath folgt: so soll an allen Orten, beide in Städten und Dörfern, durch die Obrigkeiten fleissige Rufacht gegeben und sonderliche Personen dazu bestellt werden, die solche Müssiggänger, leichtfertige und verdächtige Leute um ihr Thun und Vorhaben besprechen, und wo sie nicht richtigen Bescheid von sich geben, sollen sie entweder gefänglich eingezogen und in Fesseln eingeschmiedet zur Arbeit gebraucht oder des Landes verwiesen werden. Desgleichen sollen auch die Eltern ihre Kinder, deren sie selbst zu ihrer Nahrung oder Haushaltung nicht bedürfen, wenn sie erwachsen, zu Dienst, Handwerken oder anderen ehrlichen Sachen gebrauchen und nicht daheim müssig gehen lassen; bei harter Strafe nach Erkenntniss der Obrigkeit."

Um die Zustände von damals richtig beurtheilen zu können, müssen die Zersplitterung Schlesiens in kleine Fürstenthümer und die Kriegsläufe der Nachbarländer in Betracht gezogen werden, welche stets eine grosse Zahl flüchtiger Unterthanen in verhältnissmässig ruhigere Gegenden trieb.

Eine Polizeiordnung für Ober- und Niederschlesien vom 19. Juni 1577 Kaiser Rudolf's verordnete (unbeschadet etwaiger Privilegien der Fürsten und Stände) im 9. und 10. Artikel Folgendes: „Demnach viele Umläufer sich im Lande sehen lassen, die sich vor Landsknechte ausgeben, welche sich zusammenrotten, etwa in gesammelten Haufen umstreichen, etwa sich an gewisse Ort legen und von dannen sich austheilen in die Dörfer, Garten gehen, und die armen unvermögenden Landleute höchlich beschweren, zu Zeiten auch wann man ihnen nach ihrem Willen und Gefallen nicht gibt, mit unlustigen Worten, auch wohl mit Frevel und muthwilligen Gewaltthaten den armen Leuten begegnen und ihnen ihren sauern Schweiss

Digitized by Google

mit Pochen und Drauen abdringen. Damit nun das Land mit solchen Müssiggängern, Landes- und Teichknechten, und anderen Rottgesellen nicht beschwert dürfte werden, so haben die Herrn Fürsten und Stände in jetzo währendem Fürstentag einträchtig beschlossen, dass man einem jedem zwischen hie und Mistfasten in einem ganzen Dorf und Gemeinde mehr nicht denn 2 Heller geben solle, zu welchem die Gemeinden bei den Gerichten zusammenlegen und daselbst hin die Landsknechte auch gewiesen werden sollen. Nach dieser Zeit aber soll das Umlaufen und Garten ihnen ganz verboten sein. Würde aber irgend einer nach solcher Zeit betreten werden, der nicht richtigen Bescheid von sich geben könnte, der soll zu Gefängniss gebracht, gestraft und auf ein Urfried des Landes verwiesen werden."

Die Landesordnung des Fürstenthums Teschen von 1591 (Kaiser Rudolfs) verordnete über Müssiggeher und Landlaufer, „dieweilen man befindet, dass durch die Müssiggeher, Faulenzer und Landlaufer, Landsknecht andere dienstlose Leute, so nicht arbeiten wollen, verheiratete oder nicht, durch solche ihre Freiheit oder Müssiggang sowohl diesem Fürstenthum, als auch anderen umliegenden Ländern, Spiel, Diebstahl und sonst andere Ungebühr und Schäden zukommen, derohalben wo solche und dergleichen unarbeitsame faulenzende Leute erkennt und erfraget würden, auf keine Weise aufgehalten, noch bei einer Gemeinde oder Inwohnern gelitten werden, es sei nur in der Stadt, oder den Dörfern und anderen Orten, sondern sollen hinaus und fortgeschafft werden, ihnen auch weder Kammer noch andere Miethungen gestattet werden".

Die fürstlich Oelssische Landesordnung von 1610 handelt im Art. 6 des 5. Theiles von Müssiggängern, Bettlern und umlaufenden Gart- und Landsknechten (C. Car. 52): „Obwohl gemeine Landschaft armen Bettlern, auch verdienten redlichen Landsknechten, so in Zeit des Friedens dienst- und herrenlos und dadurch in Mangel anderer Hantirung guter Leute Hilfe anflehen müssen, Mitleid zu tragen und Handreichung zu thun wohl gemeint und geneigt sei, so will doch die umlaufende Gesellschaft von starken Bettlern, Gart- und Teuchknechten, jetzt da sich jedermann des Müssigganges zu ernähren befleisst, gar zu gemein werden, und schleichen unter derselben Schein viel böser Buben, so des Almosens und Beisteuer nicht würdig sind, mit Haufen in's Land ein, welche ehrliche Dienste und Arbeit fliehen und sich Bettelns oder Gartens ohne Noth gebrauchen, auch an dem, was ihnen aus Gutwilligkeit und nach Vermögen armer Leute mitgetheilt wird, nicht begnügen lassen, sondern durch Gewalt oder heimlicher, schalkhaftiger Weise dem armen Bauersmann oder Landmann das Seinige entziehen, auch zuweilen wohl gar Handanlegen und allerlei Muthwillen, unerhörtes Schreien und Gotteslästern treiben. Damit nun die Muthwilligen ihrer Bosheit nicht geniessen, auch rechte arme Leute und würdige wohlverdiente Kriegsleute in Nöthen nicht gelassen; als werden sich die vom Land und Städten dahin

Digitized by Google

befleissen, ihre inländischen Bettler auf ihrem Grund und Boden erhalten und ausser die durch's Feuer oder sonst noch beschädigten, unvermögenden Leute, denen sie glaubwürdige Kundschaft mittheilen wollen, um zu garten nicht gestatten. Gegen die Beschädigten aber, welche ihre richtige Kundschaft haben, sowohl als gegen ausländische, arme verdiente Kriegsleute oder Kriegsknechte, so gute Passport vorlegen, wird gemeine Landschaft aus christlichem Mitleid der Gebühr sich bezeigen. Da aber irgend ein Bettler oder Gartknecht, so keine richtige Kundschaft und Passport vorzulegen im Lande ergriffen wird, der sich an dem, was ihm aus Gutwilligkeit dargereicht, nicht begnügen liesse, sondern gegen die Leute mit Gewalt oder Gotteslästerung sich unziemlich verhielte, der soll alsbald durch Zuthat der ganzen Gemein rechtständisch gemacht, in gute Verwahrung genommen und gegen das Oelssen in ein Gefängniss, so von gemeinem Lande und Städten mit unserem gnädigen Willen und Zulassung sonderlich hiezu verordnet werden soll, auf gemeine Unkosten überantwortet und nach Gelegenheit des Verbrechens gestraft, auch folgends da er keine Bürgen zu bekommen, auf eine Urfriede des Landes verwiesen werden. Würde er nach geschworner Urfriede wieder ins Land kommen und die Einwohner durch Dieberei oder Gewalt beleidigen, soll er der Herrn, Fürsten und Stände Beschluss nach, an den muthwilligen Verbrechern zur Abscheu, auf gemeines Landes Unkosten an einem Baume aufgehenkt werden. Da auch nach geschworner Urfriede, ihr keiner sich seiner Absage oder Rede vernehmen lassen würde, gegen denselben soll gleichfalls nach der Herrn, Fürsten und Stände aufgerichteten Ordnung unnachlässig verfahren werden. Und soll keinem Landes- oder Gartknechte, ob er gleich richtige Kundschaft vorzulegen hätte, des Jahres mehr als einmal in einem Dorf zu garten, sowohl weiter als über Nacht darunter zu verbleiben und herbergen zugelassen seiu. Sondern ein jeder ehrliche Knecht und Kriegsmann, wann er aus dem Zug zurückkommt, und nicht ferner Werbung hat, soll sich seines Handwerks oder anderer ehrlicher Arbeit und Hantirung nähren, damit das Vaterland seiner künftig, ihm zu Nutz und Ehren, sich gebrauchen möge. Würde er aber solches nicht thun, sondern dem Garten nachgehen und die Wirth oder Kretschmar, da er hinkommt, seiner mit Gutem nicht los werden könnten, soll der Obrigkeit solches angemeldet werden, welche folgends durch gebührliche Mittel ihn wieder abzustrafen wissen wird."

In der *„Silesia diplomatica"* von Anton Walther (1742) ist auf eine Reihe von Bestimmungen verwiesen, die ich jedoch Mangels Einsicht in die angegebenen Quellen nicht weiter verfolgen konnte, so insbesonders auf den Landfrieden Mathias I. von 1474, der sich auch gegen Fehder und herrenloses Gesindel richtete (Schickfus, Chron. III, c. 17), und jener von 1505. Ständebeschlüsse dieser Art erfolgten 1541 und 1567, sodann der bereits angeführte von 1571. Die sonstigen Vorschriften, welche Walther anführt, sind

Digitized by Google

grossentheils localer Natur, nämlich für ein kleineres Gebiet ergangene Verwaltungsmassregeln, in Ausführung der Ständebeschlüsse. Allgemeiner sind das Patent des Herzogs Georg Rudolf von Liegnitz vom 30. Juni 1613 mit Androhung von Gefängniss und Festungsarbeit gegen herumvagirende Landsknechte, Zigeuner und Brandbettler, der Ständeschluss vom 9. Juli 1630 mit Androhung von Schanzarbeit und Galeeren für Faulenzer und Umfahrer. Da alle diese Verordnungen grösstentheils Gebiete betreffen, welche heute dem österreichischen Reiche nicht mehr angehören, so sei einerseits auf Walther, andererseits aber auf die Darstellung bei d'Elvert (Zur Geschichte der Zigeuner in Mähren und Schlesien, a. a. O.) und bei Dr. Paul Frauenstädt (Bettel- und Vagabundenwesen in Schlesien, a. a. O.) verwiesen. Die späteren Vorschriften decken sich übrigens grossentheils mit den für Mähren und Böhmen erlassenen.

Ich schliesse damit diesen Zeitabschnitt, vollständig bin ich nicht gewesen und konnte es füglich nicht sein, da es hiezu einer noch weit umfassenderen Quellenforschung bedurft hätte, als ich mir auferlegen konnte. Es dürfte jedoch das Angeführte genügen, um hinreichend Einblick in die Art der Bekämpfung des Bettels und der Landstreicher zu jener Zeit zu geben, in welchen Gerichts- und Polizeiwesen, abgesehen von schwachen Ansätzen zu einer halbwegs einheitlichen Gestaltung, das Bild denkbarst kläglicher Verworrenheit bot. (Galizien und die südlichen Kronländer habe ich nicht berücksichtigt.)

3. Die peinliche Gerichtsordnung Maria Theresias vom 31. December 1768 *(Constitutio Criminalis Theresiana)* hatte im 73. Artikel „von der öffentlichen Gewalt und jenen gewaltsamen Thathandlungen, so der gemeinen Sicherheit entgegenstehen", im §. 15 unsere Frage berührende Bestimmungen. „Die heilsame Polizeiverfassung und gemeine Landessicherheit wird auch ausser den erstbemeldeten Fällen in verschiedenem anderen Wege verletzt, welcherwegen entgegen der Misshandelnden nach Gestalt des bösen Vorsatzes, Gefährde und Schädlichkeit der That peinlich zu verfahren ist" — „neuntens: wegen der Zigeuner, zehntens: wegen der Müssiggeher und derlei Landfahrer, welche einzelweis das Land durchstreichen, eilftens: wegen der Landlaufer, flüchtigen, verbannten und anderen dergleichen gefährlichen Leuten, welche rottweise im Land herumziehen" — „in welcherlei Malefizfällen die Gerichtsstellen nach den bereits vorhandenen Polizei- und Sicherheitspatenten, auch den wegen erstgedachten Misshandlungen besonders ergangenen Satz und Ordnungen Urtheil und Recht zu sprechen haben". Eine besondere Strafbestimmung ist hier also nicht gegeben. Interessant ist aber die allgemeine Anführung der Zigeuner, und sodann die Gegenüberstellung der einzelnen und bandenweisen Landstreicherei. Im Artikel 102 „von den Verheelern und Auftraggebern lasterhafter und verdächtiger Leute" wird gegen solche den Landgerichten „die Strafe dem vernünftigen Ermessen des Richters dergestalt überlassen, dass in er-

Digitized by Google

schwerenden Umständen gegen dieselben auch die Todesstrafe verhängt wird." Als mildernd wird aber angeführt Unkenntniss der Behaftung der Beherbergten mit einer bösen Handlung und wenn der Aufenthaltgeber „abseits wohnt und aus Furcht vor der Abbrennung oder eines anderen gedrohten Uebels dem wissentlichen Missethäter die Herberge abzuschlagen und sie anzuzeigen sich nicht getraut". Dazu ist aus dem 72. vom Laster des Falsches handelnden Artikel §. 6 hervorzuheben, dass darunter fällt „wer unter dem falschen Vorwande eines erlittenen Brandes oder anderen Unglückes sammelt oder bettelt" (Strafe Gut, Leib oder Leben), d. h. dass der Bettelbetrug dem Betruge angereiht worden war.

In engem Zusammenhange mit diesen Bestimmungen stehen die Einrichtungen der Landesverweisungen und der Urfehdeleistung, so dass ich die diesbezüglichen ausführlichen und lehrreichen Vorschriften der Theresiana gleich hier wiedergebe. Nach Art. 6, §. 11 bis 15 gab es zunächst eine „sonderheitliche oder particularverweisung" aus dem Halsgerichtsbezirk oder einem bestimmten Ort entweder auf bestimmte Zeit oder auf ewig (bei nicht gemeinschädlichen Verbrechen, wenn das Verbleiben Aergerniss oder Gelegenheit zum Rückfall geben würde). Dazu kam die Verweisung aus allen deutschen Erblanden mit Abnahme der Urfehde (bei einem die Todesstrafe nicht nach sich ziehenden Verbrechen, wenn Gefahr der Unverbesserlichkeit oder überhaupt Gefährlichkeit vorlag), die Verweisung aus einem Erblande soll die Wirkung einer allgemeinen Landesverweisung haben. Der Vollzug war in jedem Falle mit dreimaliger Ausstellung auf einer öffentlichen Bühne an verschiedenen Wochenmärkten einzuleiten, damit der Verwiesene bei der Rückkehr geschwinder erkannt werde (sie konnte jedoch nachgelassen werden). Landesverwiesene sollten mit dem Buchstaben R und dem Anfangsbuchstaben des Kronlandes am Rücken gebrandmarkt werden. Inländer und solche, die von Jugend im Inland erzogen oder sich 10 Jahre ehrlich daselbst fortgebracht, durften nicht landesverwiesen werden. Endlich konnte Verweisung auf einen bestimmten Ort (Confinirungsstrafe) auf bestimmte Zeit oder Lebensdauer stattfinden. Nach Art. 7, §. 5 war übrigens gestattet, „nachdem der Soldatenstand eine Lehrschul zur Angewöhnung des Gehorsams, Mühe und Arbeit ist", „dass taugliche, junge und ehrliche Mannspersonen, welche wegen ihres müssigen Herumfahrens, wegen Frevelhändel oder sonst geringerer, kein Ehrenmakel auf sich tragenden Verbrechen sich verfänglich gemacht, ohne Schöpfung eines Urtheiles zu Soldaten abgeben werden mögen" — „nicht zur Strafe, sondern zur gemeinen Wohlfahrt und zu ihrem eigenen Besten". Dazu gibt die geheime Instruction vom 31. December 1768 die Erläuterung, dass an den bisherigen Vorschriften, nach welchen die Obrigkeiten Leute, die keines landgerichlichen Verbrechens schuldig seien, darunter die Müssiggänger zum Militär gesteckt werden konnten, nichts geändert sei.

Digitized by Google

Von den „Urpheden“ handelt der 46. Art. Sie sind eine feierliche Angelobung des Freigesprochenen oder zu einer geringeren Strafe Verurtheilten entweder 1. sich wegen der Inquisition und der Strafe an Niemanden zu rächen, oder 2. bei Verweisung nicht zurückzukehren, beziehungsweise den angewiesenen Aufenthalt nicht zu verlassen, oder 3. beides. Zur Verhinderung des Eidesmissbrauches wurde die eidliche Betheuerung durch blosse Angelobung ersetzt. Es wurden bestimmte Formeln der Betheuerung aufgestellt. Die Weigerung anzugeloben hinderte die Wirksamkeit nicht und war stets die Strafe des Urfehdbruches vorzuhalten. Die Bestrafung des Urphedbruches setzt Art. 60 fest. Abgesehen von der Begehung eines neuen Verbrechens, also für blosse Rückkehr oder Entweichung, waren im §. 3 *d* im Falle der ersten Rückkehr Freiheitsstrafe (Verdopplung der früheren, 2 Jahre Arbeit), bei der zweiten wieder Verdopplung, auch Auspeitschen und Staupenschlag, bei der dritten Tod durch das Schwert angeordnet.

Unterschieden wurde nach Art. 6 und 46 von der Landes- und Landgerichtsverweisung die blosse Abschaffung, welche „gegen Personen, die unserem Hof, dem Staat oder einer Gemeinde zur Ueberlast fallen, auch gegen unbekannte herumfahrende oder verdächtige Leute, besonders gegen Ausländer aus politischen und bürgerlichen Ursachen verfügt werden“ konnte. Hier war die Strafe der Rückkehr eine arbiträre. Es konnte jedoch auch in solchen Fällen durch Abnahme der Urfehde gleich bei der Abschaffung oder im Falle der Rückkehr, die Abschaffung in ihrer Wirkung der Verweisung gleichgestellt werden.

Das Strafgesetz Kaiser Josef II. vom 13. Jänner 1787 enthält dagegen weder in seinem ersten, noch in seinem zweiten Theile ähnliche Bestimmungen, sondern nur im zweiten §. 59 eine solche gegen den qualificirten Bettel, „wenn Jemand durch ungestümes Betteln Almosen abzunöthigen sucht“. Ich schicke dies deshalb schon hier voraus, weil sich eine Trennung des Zeitraumes von der Theresiana bis zum Strafgesetze von 1803 durch das Josefinische Strafgesetz füglich nicht bewerkstelligen lässt, ohne zu endlosen Wiederholungen und zu einer verwirrenden Theilung des Stoffes zu gelangen. Die polizeilichen Massregeln müssen durch die Regierungszeit Kaiser Josef's hindurch nothwendig gemeinsam nach den einzelnen Gegenständen behandelt werden.

Andererseits will ich durch diese Gegenüberstellung den scharfen Gegensatz markiren, der die beiden Gesetzgebungen auch auf diesem Gebiete trennt, von welchen die erstere noch auf dem Boden der überlieferten Anschauungen steht, die letztere aber den Anfang des heutigen österreichischen Strafrechtes bedeutet.

Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass das josefinische Strafverfahren vom 17. Juni 1788 — und dies ist bezeichnend für die damalige Vermengung von Verwaltung und Rechtspflege — in den §§. 12—14 eine Streifungsvorschrift für die Obrigkeit zum Zwecke der Einfangung von Criminalverbrechern enthielt.

Digitized by Google

Der bereits ausführlich behandelten Streifungen wurde auch in der Folge mit zahlreichen Verordnungen gedacht (so vom 25. April 1776, 3. Mai 1783, 9. Mai 1785, 3. November 1786, 5. Februar und 11. April 1787, 18. November 1793 u. a.). Die Criminalgerichte konnten selbst allgemeine Streifungen veranlassen (Hofdecret vom 9. Mai 1785). Mit Hofdecret vom 25. October 1776 wurde wegen Nachlässigkeit bei Aufhebung der Landstreicher Suspension und Dienstentlassung angedroht, es hatten daher die früheren Vorschriften wenig genützt. Besonderes Gewicht musste darauf gelegt werden, von den Angehaltenen sofort die Wahrheit über ihre Herkunft zu erfragen, um sie dann richtig abschieben zu können. An den Reichsgrenzen wurden mit Hofverordnung vom 8. April 1780 durch die Mannschaft der Grenzcordons ununterbrochene Streifungen gegen Schwärzer, Deserteure, Emigranten, Landstreicher und anderes unnützes Gesindel angeordnet.

Das Hofdecret vom 3. Mai 1783 gab neuerdings eine genaue Vorschrift über die Durchführung dieser Visitationen, welche von da ab gänzlich durch die Werbbezirke (entsprechend den Werbbezirksherrschaften) vorzunehmen waren. Unter anbefohlener strengster Verschwiegenheit waren die jährlichen 2 Haupt- und die monatlichen Visitationen durchzuführen. In den Nachtstunden war damit zu beginnen, und zwar zuvörderst mit Durchsuchung aller Häuser und Nebenräume, dann der Waldungen, Gestrüppe und Felder, sodann eine Art Ueberprüfung nach Ablauf einiger Zeit vorzunehmen, um allenfalls geflüchteter Leute habhaft zu werden. Die aufgegriffenen Verdächtigen waren an das nächste Landgericht abzuliefern (ähnlich Hofdecret vom 3. Mai 1793 für Steiermark).

Im übrigen entsprach diese Streifungsvorschrift ihren Vorgängern von 1724 und 1751. Die Sache konnte schon infolge der namenlosen Zersplitterung der Gerichtsbarkeiten nicht klappen. Nach Würth (Strafprocessordnung 1851, S. 77) gab es um 1848 noch in Niederösterreich 20 Magistrate und 185 Landgerichte, in Oberösterreich 7 Magistrate und 76 Landgerichte, in Salzburg ein Stadt- und Landgericht, in den übrigen Ländern herrschten höchst verwickelte Zuständigkeiten, mit allen ihren heute ergötzlich zu lesenden, damals aber gewiss nicht ergötzlich gewesenen Sprengelabgrenzungen. Dazu kam, dass die Gerichtsbarkeit, wie bisher, vielfach vom Standpunkte des Erträgnisses aufgefasst und geradezu in Pacht gegeben wurde.

Gründlich änderte sich die Frage der Verweisung. Wir haben in der Vorzeit bereits die Scheidung zwischen Verweisung aus dem Lande (d. i. Kronlande) und dem Landgerichtssprengel kennen gelernt. Die Theresiana gab eine förmliche Codification der Vorschriften über die Verweisung, die Verschickung an einen Ort und die Abschaffung (siehe oben). Diese Begriffe scheinen in Verwirrung gerathen zu sein. Die Ausdrücke Abschiebung und Abschaffung werden ohne begriffliche Scheidung nebeneinander

Digitized by Google

gebraucht. Man hatte schon lange drei Classen unterschieden: 1. solche, welche mit Bürgerrecht ansässig waren, 2. solche, welche 10 Jahre an einem Orte in Dienst standen, 3. solche, welche sich mit wechselnden Dienstorten ausserhalb ihres Geburtslandes befanden, die Geburt war entscheidend (22. September, 13. October und 8. December 1753, 13. Februar 1754, 27. April 1789). Fremde, die durch 10 Jahre blos im Lande herumgestrichen, waren als wirkliche Vagabunden durch den Particularschub in ihr Vaterland abzuschieben, jene hingegen, die sich an mehreren Orten durch so lange Zeit ernährt haben, im Lande zurückzubehalten (Entschliessung vom 8. December 1753), während später allgemeiner der zehnjährige inländische Aufenthalt an einem Orte gegen Abschiebung schützte (27. November 1783). Ausgenommen war der wegen Verbrechens Verurtheilte. Hatten sich Fremde zwar 10 Jahre im Inlande, jedoch nicht an einem Orte aufgehalten, so waren sie im Falle der Verarmung jenem Orte zuzuweisen, wo sie sich am längsten aufgehalten hatten (6. Mai 1791).

Die heutigen Heimatszuständigkeitsvorschriften sind daher strenger. Bettler und Landstreicher wurden des Particularschubes theilhaftig (30. October 1751, 13. October und 8. December 1753, 14. Juni 1766, 7. December 1767, 10. September 1784, 29. August 1788). Der Particularschub hatte den Namen zur Unterscheidung vom Hauptschube; er gliederte sich an die Particularstreifungen an. Der Hauptschübe gab es zufolge Hofkanzleidecretes vom 21. März 1772 von Wien aus jährlich je zwei nach Deutschland und Ungarn, den ersteren wurden die Schweizer, Holländer und Franzosen angeschlossen, nicht aber die Fremden aus den nördlichen und südlichen Ländern (27. November 1783 und 17. April 1785). Wenn man die bezüglichen Verordnungen liest, gewahrt man, dass auch auf diesen Hauptschüben die mannigfaltigsten Missbräuche vorkamen, insbesonders seitens der sie begleitenden Militärmannschaft.

Daneben gab es für minder Gefährliche schon damals die Abschiebung mit Lauf- oder Schubpässen (Hofdecret vom 27. April 1789) der späteren gebundenen Marschrouten. In Bezug auf die Particularschübe musste wiederholt wegen Verweigerung der Weiterbeförderung Strafe gegen die Ortsobrigkeiten angedroht werden (siehe das Patent vom 13. April 1724), ebenso wiederholt musste das Verbot der Verwendung von Weibern und Kindern zu Schubleuten eingeschärft werden (30. October 1751, 20. October 1766, 21. November 1785, 31. Jänner 1793).

Allmälig begann man den Begriff der Abschaffung als technischen aufzufassen.

Die polizeiliche Abschaffung aus einem Orte, zum Unterschiede von der einfachen Abschiebung, wird als Massregel gegen Müssiggänger, Bettler, Vagabunden und später auch gegen liederliche Dirnen in den Vorschriften vom 19. August 1785, 18. November 1786, 5. Jänner 1789 und 9. Jänner 1795 erwähnt. Das josefinische Strafgesetz vom 13. Jänner 1787 hatte im §. 18 unter die Strafen der

Digitized by Google

politischen Verbrechen (den heutigen Uebertretungen) bereits die Abschaffung aufgenommen, sie konnte sich nur auf einen einzigen Ort erstrecken und die Freiheit des Verurtheilten, sich an jedem anderen Orte seine Nahrung zu suchen, nicht beschränken, überdies nie mit Bezug auf den Geburtsort oder den Ort eines zehnjährigen Aufenthaltes (den Fall der widernatürlichen Unzucht und eigennützigen Kuppelei ausgenommen) erfolgen. Ausserdem kannte dieses Gesetz (I. Theil von den Criminalverbrechern, §. 39) die mit geheimer Brandmarkung verbundene Landesverweisung gegen fremde Verbrecher, deren Rückkehr sodann nach §. 81 (II. Theil) straffällig machte.

Der Ausweg, das fahrende Volk dadurch zu lichten, dass man die Tauglichen zum Militär steckte, wurden ausser der bereits erwähnten Verordnung vom 3. November 1786 und den älteren Vorschriften vom 3. April 1741, 16. Februar 1743, 22. Jänner 1745, 14. Juni 1766 und 7. December 1767, weiters mit 19. August 1785, 18. November 1786, 13. April 1787, 22. October 1788, 5. Jänner 1789, 9. Jänner 1795 u. a. m. anempfohlen — zur Schonung des Landmannes hiess es anno 1788 und überdies kamen solche Abstellungen den Contingenten der Obrigkeiten und Gemeinden zugute.

Ein Haupthemmniss bildete aber der Widerwille, die Abgeschobenen in der Heimat aufzunehmen und zu behalten. Dagegen wollen die Patente vom 3. November und 22. Mai 1786 ankämpfen. „Die Grundherrschaft oder Grundobrigkeit, welcher Bettler oder Landstreicher zugeschoben werden, hat dieselben bei Strafe von 6 Ducaten unverweigerlich anzunehmen.“ Sie müssen, „wenn sie Alters oder Leibesgebrechlichkeit halber ihren Unterhalt zu verdienen unfähig sind, nach Vorschrift von der Grundobrigkeit ihre Versorgung erhalten. Sie sind zugleich ernstlich zu erinnern, dass sie bei einer zweiten Betretung im Betteln und Herumirren abermals an ihren Verpflegsort werden zurückgeschoben, aber wegen ihr Entweichung scharf gestraft werden.“ Die Strafen bestanden in „empfindlicher körperlicher Züchtigung oder bei denen die Leibesbestellung oder das Alter eine solche Strafe nicht zugibt, mit Arrest bei Wasser und Brot“. „Die muthwilligen Bettler und Landstreicher können von Grundherrschaften und Ortsobrigkeiten bei ihrer ersten Betretung durch ein ganzes Monat zu jeder Arbeit angehalten werden, ohne dass sie denselben einen anderen Lohn zu geben schuldig sind, als am Gelde für Personen über 15 Jahre 4 Kreuzer und für Kinder unter 15 Jahren, wenn sie zu Haus oder Wirthschaftsdiensten tauglich sind, 2 Kreuzer oder die gewöhnliche Naturalkost und nöthigsten Kleidungsstücke.“ Mangels solcher Arbeit wäre „Gemeindienst“ anzuwenden. Bei einer Betretung im zweiten Rückfalle kann Arbeit in Eisen eintreten. Woferne aber diese weitere Entweichung aus Nachlässigkeit der Grundherrschaft oder Ortsobrigkeit geschehen wäre, fielen die Kosten der Verabschiebung der Gemeinde oder Obrigkeit zur Last. Im weiteren spiegelt sich die damalige Polizeiaufsicht. Soferne nämlich ein Abgeschobener sich zur Besserung anliess und

Digitized by Google

nach Verfliessung der Strafzeit durch ein Zeugniss beweisen konnte, dass er einen Dienst oder sonst eine ehrbare Erwerbung gefunden hatte, waren Grundherrschaften und Magistrate bei Strafe von 2 Ducaten an die Ortsarmencasse verbunden, demselben ein unentgeltliches, stempelfreies Zeugniss, dass er die Polizeistrafe überstanden und Besserung bezeugt habe, zu ertheilen, wodurch er sich sowohl bei seinem Dienstherrn, als etwa bei einer unvermutheten Nachsuchung auszuweisen vermochte, um nicht Gefahr zu laufen, als ein Landstreicher angehalten zu werden. Endlich blieb den Grundherrschaften und Ortsobrigkeiten auch in Zukunft eingeräumt, ihre eingeborenen Unterthanen, wenn sie als Landstreicher betreten wurden und zu Militärdiensten tauglich waren, auf Abschlag ihrer gewöhnlichen Recrutenstellungen abzuliefern. Eine Verordnung vom 9. Jänner 1795 empfiehlt Gemeinderoboten, Botengänge und Wegherstellungen als Arbeit für arbeitsfähige Bettler. Alles das war eitles Bemühen, auch nach dem in den folgenden Zeitraum fallenden Aufhören des Unterthanenverbandes verwiesen sich nur zu viele Gemeinden ebenso selbstsüchtig als die einstigen Grundherrschaften, und der Brauch, so rasch als möglich auf irgend einem, wenn auch drastischem Wege die missrathenen Sprösslinge wieder loszubekommen, erhielt sich bis zur Herrschaft der Landstreichergesetze (insbesonders in den Sudetenländern) und soll noch nicht ausgestorben sein.

Neben Abschiebung fremder Landstreicher, Abstellung Tauglicher zum Militär, Abgabe Untauglicher in Arbeitshäuser, wurde eine Art Deportation, die Abgabe zur Feld- oder anderen Arbeit nach Ungarn angeordnet (29. August 1761, 2. August 1762, 18. August 1764, 14. Juni 1766). Diese Abgabe nach Ungarn hatte aber begreiflicherweise bald ein Ende, sie wurde mit Hofrescript vom 11. Februar 1775 wieder eingestellt. Begreiflicherweise war mit der Zufuhr solcher Arbeitskräfte dem damit beglückten Lande nicht gedient.

Dem Zuwachse, welchen das Landstreicherthum aus der Masse der wandernden Handwerksburschen erhielt, indem sich diese schliesslich an das müssige Herumziehen so gewöhnen, dass sie zu Landstreichern werden, suchten schon die Handwerkergeneralien der Jahre 1731 und 1732 zu steuern, indem den Handwerksburschen das Betteln und Fechten vor den Thüren bei sonstiger Abschiebung untersagt wurde.

Die wandernden Handwerksburschen waren bei der ersten Betretung dem Zechmeister zur Abschaffung zu übergeben, das zweitemal vorher abzustrafen (5. April 1754); auf welche Weise die Vorbestrafung ermittelt wurde, ist nicht erfindlich. Zugleich wurde aber den Behörden aufgetragen, den Handwerksburschen Arbeit zu verschaffen (16. Jänner 1761). Schon abgestrafte „abgeschaffte und abgeschobene“ und neuerdings beim Bettel betretene fremde Handwerksbursche waren im Falle der Tauglichkeit der Miliz zu übergeben (30. August 1755). Hieher gehören die mannigfachen Vorschriften über die Wanderbücher,

Digitized by Google

Wanderpässe und Kundschaften der Handwerksburschen (unter anderen vom 1. Juni 1771, 3. Juli 1795, 5. September 1795, 23. Jänner 1798). In der niederösterreichischen Verordnung vom 5. März 1756 wurde insbesonders die Aufnahme von Handwerksgesellen in Wirthshäusern ohne Wanderbuch mit Strafe bedroht. Bei Ausfertigung von Pässen und gegen das Einschleichen von Landstreichern wurde Vorsicht empfohlen (10. September 1756, 22. und 26. April 1765).

Die Erlässe gegen das typische Landstreichervolk der Zigeuner fanden ihre Fortsetzung (unter anderen 29. März 1749, 8. April 1775, 12. Februar 1785, 6. Februar 1792, 18. August 1796, 28. Februar 1798, 6. März 1800, 7. November 1801). Allerdings abgehend von der bisherigen Härte der Bestimmungen und der Vogelfreierklärung. Das Patent vom 1. December 1749 (für Mähren) behielt nur für die 3. Betretung die Todesstrafe bei, indem das erstemal Abschaffung, das zweitemal körperliche Züchtigung unter Brandmarkung mit R, sowie Urfehdabschwörung und Landesverweisung für genügend erachtet wurde. Bald darauf mit 15. November 1754 wurde aber schon wieder eine Verschärfung für nöthig erachtet, indem schon das erstemal Pranger und Auspeitschung mit 5 Streichen angeordnet wurde. Das Hofrescript vom 8. April 1785 drückt sich sehr deutlich aus „Zigeunern seien keine Pässe zu ertheilen, die in Händen habenden ihnen abzunehmen und dieses Gesindel handfest zu machen". Nach dem Regierungsdecrete vom 18. August 1796 sollen sie in Oesterreich nicht geduldet werden, auch wenn sie mit einem ungarischen Passe versehen sind. Auch damals sahen es eben die ungarischen Gemeinden nicht ungern, wenn sie zeitweilig von ihren Zigeunern verlassen wurden und diese zur Abwechslung brandschatzend in den österreichischen Kronländern herumzogen. Zigeunerbanden waren sofort, auch ausser der Schubzeit, zu verschieben (Hofdecret vom 31. März 1779). Sobald sich an der ungarischen Grenze gegen Niederösterreich verbanntes Zigeunergesindel spüren liess, sollte dasselbe, wie schon erwähnt, unter Militärbeiziehung aufgehoben werden (Pat. vom 13. April 1724, 20. September 1749, 30. October 1751) und dringlichen Falles hatten die Gemeinden selber im Einverständniss vorzugehen, um sich der Zigeuner und sonstigen verwegenen Gesindels zu bemächtigen (Patent vom 30. October 1781). Unter Kaiser Josef II. wurde der missglückte Versuch gemacht, die im Lande befindlichen und bereits geduldeten Zigeunerfamilien sesshaft und arbeitsam zu machen, sie blieben die alten Vagabunden, wuchsen jedoch allein im Hradischer Kreise von 28 Familien mit 118 Köpfen (1784) auf 64 mit 310 Köpfen (1829) an (siehe d'Elvert, a. a. O. S. 136 u. f., wo die bezüglichen Verordnungen abgedruckt sind, insbesondere die Hofdecrete vom 6. Februar 1797, 12. December 1798, 6. Mai 1800, 24. April 1829).

Ein buntes, schier unentwirrbares Bild geben die Vorschriften gegen den einheimischen Ortsbettel oder besser über die Regelung desselben, denn an eine ernstliche Abstellung dachte man damals

Digitized by Google

nicht, er bildete gewissermassen einen gesetzlich geschützten Theil der Armenpflege. Zunächst kommen die Einzelbestimmungen der zahlreichen Polizeiordnungen in Betracht, so jene für Wien vom 2. März 1776 und 1. November 1791, für Steiermark, Kärnten und Krain vom 31. Mai 1786, Brünn vom 12. Juni 1786, Prag vom 30. April 1787, Böhmen vom 23. November 1792, Triest vom 31. Juni 1792, Kärnten und Klagenfurt vom 15. Mai 1793, Innsbruck vom 30. Jänner 1793, Tirol vom 8. Februar 1795.

Auf die verschiedenen Armenpflegevorschriften kann selbstverständlich hier nicht eingegangen werden. Eine einheitliche Organisation wurde im Jahre 1784 durch Kaiser Josef II. im Wege der Ausgestaltung des Armeninstituts versucht. Bekanntlich ist die Lösung dieser Frage bis heute noch nicht geglückt. Für unseren Gegenstand kommt die Frage nur soweit in Betracht, als es sich um den Bettel aus Arbeitsscheu und seine Abgrenzung von jenem aus Noth handelt. Die bisherige Darstellung dürfte ergeben haben, dass zahllose Verordnungen schliesslich nichts anderes bewerkstelligt haben konnten, als die Masse der Arbeitslosen und Arbeitsscheuen in Bewegung zu bringen, nach Ausscheidung eines Bruchtheiles derselben sie in die Heimat zu befördern, und da wirft sich die Frage von selbst auf, was nun mit ihnen bewerkstelligt wurde. Es wurde schon angedeutet, dass die kleineren Gemeinden sie offenbar so schnell als möglich wieder abschüttelten (ganz dasselbe war insbesonders in den Kleinstaaten von Deutschland der Fall, siehe Berg a. a. O.).

Vollständige Hilflosigkeit verräth es, wenn das Heiraten von Leuten, die sich nicht ernähren können und im Almosen stehen, verhindert werden sollte (18. August 1764 und 14. Jänner 1766), als ob mit der Verweigerung des Eheconsenses auch das Zeugen von Kindern unterbunden würde. Neben dieser merkwürdigen Vorschrift finden wir in der Hofentschliessung vom 23. Februar 1786 bereits eine Anbahnung der Häftlingsfürsorge, indem Kinder Verhafteter und Abgestrafter, insbesonders auch der Bettler, von den Verwandten oder der Obrigkeit bis zum 12. oder 14. Jahre zu versorgen waren. Sie steht im Einklang mit der Entschliessung vom 30. Mai 1778, mit welcher den Ortsobrigkeiten aufgetragen wurde, den entlassenen Sträflingen Gelegenheit zu geben, Arbeit zu finden, damit sie nicht aus Noth in die traurige Lage versetzt werden, neue Verbrechen zu begehen. Dem gleichen Zwecke diente die Polizeiaufsicht, deren des näheren später im Zusammenhang gedacht werden soll. Hier sei nur insoferne vorgegriffen, als erwähnt wird, dass mit 16. November 1754 eine solche Polizeiaufsicht (wenn auch nicht mit diesem Namen) über Sammler, Bettler und Landstreicher angeordnet worden war. Diese Polizeiaufsicht war keine technische in unserem heutigen Sinn, sondern jene allgemeine Polizeiaufsicht, welche allen Missständen, aber auch sämmtlichen Fremden zutheil wurde.

Abbrandlern, Mönchen, Bettelmusikanten und dergleichen konnten Bettelbefugnisse ertheilt werden, die Regel sollte Versorgung

Digitized by Google

durch die öffentliche Armenpflege sein, aber die Menge der Erlässe gegen das Bettelunwesen richtete sich doch blos gegen jenen Bettel, der belästigend wirkte (auf Strassen, Plätzen, in Kirchen) oder von Arbeitsfähigen betrieben wurde. Der Bettelvorschriften sind Legion, ich unterlasse ihre Anführung, vollzählig könnte sie doch nicht erfolgen. Bezeichnend ist aber, dass in einzelnen Verordnungen (z. B. Hofdecret vom 9. December 1775) die Ausdrücke Bettler und Arme vermengt wurden.

Das josefinische Strafgesetz erklärte, wie schon erwähnt (II, §. 59 d), lediglich „wenn jemand durch ungestümes Betteln Almosen abzunöthigen sucht" als politisches Verbrechen (wobei die Frage des Bettelbetruges offen bleibt), alles andere war nur polizeilich zu bestrafen und die äusserste Strafe war die Abgabe in das Arbeitshaus. Wie es mit diesem bestellt war, werden wir in der Folge sehen. Der unbefugte Bettel verleugnete in dieser ganzen Zeit seine Chamäleonnatur nicht, er konnte keine feste Abgrenzung von dem befugten Bettel erlangen, weil man, dessen demoralisirende Wirkung übersehend, den Bedürfnissen des Augenblickes folgend stets bereit war, aus der Noth eine Tugend zu machen und Hilfsbedürftigen Bettelbefugniss zu ertheilen. Dass dieser Zustand das Gegentheil dessen war, was Josef II. mit der Einführung des Armeninstitutes bezweckte, erhellt am klarsten aus dem Hofdecrete vom 26. November 1784, welches ich deshalb in seinen wesentlichen Punkten wörtlich anführe: „Der wahre Arme, der durch Unglücksfälle, Leibesgebrechlichkeit und Alter zur Arbeit unfähig gemacht, sich seinen Unterhalt nicht erwerben kann, hat auf das allgemeine Mitleiden gegründeten Anspruch. Der muthwillige Bettler, der an Körper und Leibeskräften gesund, aus Trägheit und Hang zum Müssiggange nicht arbeiten will und Betteln einer ehrbaren Erwerbung vorzieht, verdient die Strenge der Gesetzgebung. Aber die Anstalten zur Versorgung wahrer Armen und die Vorkehrungen zur Abstellung des muthwilligen Bettelns sind so genau mit einander verbunden, dass sie sich wechselseitig unterstützen und erst von einander die volle Wirksamkeit erhalten müssen. Wenn der Müssiggang den Antheil der würdigen Armuth an sich reisst, so wird die öffentliche und Privatwohlthätigkeit wider Absicht und Bestimmung erschöpft; und ein einziger wahrhaft Nothdürftiger, der mit Grund sich beklagen kann, dass die öffentliche Versorgung ihn seinem Elende hilflos überlässt, dient unzählbaren Müssiggängern zu einem scheinbaren Vorwande, ihre Faulheit zu bemänteln und die gegen sie gekehrte billige Strenge der öffentlichen Aufsicht als Härte und Grausamkeit zu verschreien. Von diesem Gesichtspunkte muss es jedermann deutlich in die Augen fallen, wie wichtig ergiebige Versorgungsanstalten nicht nur von der Seite sind, von welcher sie Dürftigkeit und Alter unterstützen, sondern auch von derjenigen, von welchen sie auf die Verminderung des Bettelns einfliessen, das als die Pflanzschule der grössten Unordnungen im allgemeinen zum unendlichen

Digitized by Google

Nachtheile gereicht und insbesondere durch Ueberlauf und ungestüme Zudringlichkeit jedermann nur zu sehr überlästig fällt." Es wird sodann auf die bereits errichteten Findlings- und Waisenhäuser, auf das allgemeine Krankenhaus, auf die Armen- und Siechenhäuser und die Anstalten verwiesen, mit welchen den Arbeitslosen Arbeit und Verdienst verschafft werde, dazu bemerkt, dass es aber unmöglich sei, dass diese Anstalten die Armuth zur Gänze umfassen und es daher noch immer hilfebedürftige Nothdürftige gebe. Diesen diene nun das unter der Benennung „der Vereinigung aus Liebe des Nächsten" zu errichtende Armeninstitut, welches durch freiwillige regelmässige Beiträge und Almosen, durch Nutzbarmachung der freiwilligen Wohlthätigkeit, Unterstützung der Landesbehörden, Beiträge der untergeordneten Obrigkeiten, Seelsorger, Hauseigenthümer und anderer Mitglieder der Pfarrgemeinde geordnete und regelmässige Unterstützung verschaffen sollte. Die Vertheilung sollte nach Versorgungsantheilen geschehen, deren Höhe sich nach den Verhältnissen des Ortes richtete, und der Ueberwachung des Seelsorgers und der Vertrauensmänner der Pfarrgemeinde unterliegen.

Mit Verordnung vom 19. August 1785 wurde das Inslebentreten der Armeninstitute vom 1. Jänner 1786 ab verordnet, den Obrigkeiten unter Hinweis auf ihre Pflicht, ihren armen Unterthanen Arbeit und Verdienst zu verschaffen und für die Armuth zu sorgen, sowie das „dem Staate und dem Lande schädliche Betteln bestmöglichst hintanzuhalten" auf das dringendste empfohlen. Sie wurden angewiesen, entgegengesetzten Falles sich zu äussern, „auf welche andere Weise sie ihre wahren Armen mit dem Nothdürftigsten versehen, den Arbeitsfähigen thunlichen Vorschub zur Erhaltung einigen Verdienstes leisten, die Bettelei und den Müssiggang abstellen wollen". Zugleich wurde eine ausführliche Organisation des Armeninstitutes nach Pfarrbezirken mitgetheilt. Im fünften Abschnitte derselben wurde bemerkt: „Wobei sich von selbst versteht: dass weder im Anfang noch weiterhin ein fremder Bettler geduldet, sondern in seinen Geburtsort geschoben, den einheimischen Arbeitsfähigen, über Mangel derselben klagenden Bettlern aber von den Grundobrigkeiten, Magistraten und Stadträthen Arbeit und Verdienst verschafft und überhaupt in Absicht aller unwürdigen Bettler und Müssiggänger nach Vorschrift der höchsten Bettlergeneralien genauest fürgegangen werden soll. Wie nun aber die Erfahrung bestätigt, dass das Publicum meistens von wandernden Handwerksburschen belästigt wird, also liegt vermög vorhergegangener diesfälligen höchsten Verordnungen den Zünften ob, für den Unterhalt ihrer Reisenden und durch Reisen sich mehr ausbildenden Zunftsgenossen zu sorgen, welche Besorgniss ihnen umso minder beschwerlich fallen kann, wenn sie manche Geldversplitterungen und ganz unnöthige Ladauslagen unterlassen werden. Wo aber keine Zünfte, sondern nur einzelne Meister oder gar keine sich befinden, da ist einem mit Kundschaft versehenen wandernden Handwerker, wenn er nicht gleich bei einem Meister unterkommen oder anderen sicheren

Digitized by Google

Verdienst erlangen kann, gar kein Aufenthalt zu gestatten, sondern derselbe ohneweiters mit Darreichung eines Zehrpfennigs aus dem Orte abzuschaffen und sowohl die Zeit, wann, und das Geld, womit ein derlei Handwerker betheilt worden, auf der Kundschaft anzumerken; die nicht mit Kundschaften versehenen, mithin allemal bedenklichen Handwerksburschen aber sind zur Abschiebung in ihre Geburtsorte an das Kreisamt zu liefern. Auf ganz gleiche Art ist auch mit allen Gattungen von Herumstreichern und Müssiggängern, als Zigeunern, Schergen und Abdeckergesinde, abgedankten Soldaten u. dgl. fürzugehen, wie hierwegen ohnehin die diesfalls bestehenden höchsten Generalien das Mehrere gebieten."

Eine Reihe von Verordnungen und Hofdecreten, welche noch zur Zeit Kaiser Josefs zu dem offenbaren Zwecke ergingen, das Armeninstitut wirksam zu gestalten und den aus Eigennutz oder Trägheit geleisteten passiven Widerstand zu überwinden, ist von demselben edlen und voraussehenden Geiste getragen. Heute, nach mehr als einem Jahrhundert, wird man, abgesehen natürlich von technischen Einzelheiten, kaum zu einem anderen Schlusse gelangen, als dass bei zielbewusster Durchführung der in diesen Vorschriften niedergelegten Gedanken die Bettler- und Landstreicherfrage längst auf ein erträgliches Mindestmass eingeschränkt worden wäre. Doch daran fehlte es offenbar, denn mangels einer einheitlichen Staatsverwaltung gab es der Widerstände zu viele.

In erster Linie gingen sie vom Eigennutz der Ortsobrigkeiten aus, vor allem der Herrschaftsbesitzer. Zur Beleuchtung seien einige Stellen aus Verordnungen mitgetheilt, die noch vor Einführung des Armeninstituts für Böhmen ergangen waren. „Das Almosensammeln ist weder in den Kirchen noch auf den Strassen zu gestatten, sondern die wirklich Armen, die nicht arbeiten können, sollen von ihrer Obrigkeit versorgt, die einheimischen gesunden Bettler zur Arbeit angehalten und die Fremden in ihre Geburtsorte verwiesen werden" (25. Februar und 21. März 1754). „Zur gänzlichen Abstellung des zum allgemeinen Müssiggange Anlass gebenden Bettelns wird mehrmals den gesammten Kreisdominien und Ortschaften mitgegeben, dass künftighin nicht mehr erlaubt, einen Bettler oder Vagabunden in die königlichen Prager Städte einzulassen, sondern auf das nachdrucksamste und schärfste anempfolen sei, sotane Leute, die da ausser Stand sich befinden, ihre selbst eigene Nahrung zu verdienen und zu erwerben, durch die Obrigkeiten auf ihren Herrschaften oder Gütern zu erhalten und zu versorgen, keinerdings aber in fremden Oertern umvagiren und betteln zu lassen, gegentheils aber und da wider Vermuthen ein dergleichen Bettler auf einem fremden Territorium in Bettelngehen ertappt werden sollte, sei derselbe sogleich anzuhalten und an sein Geburtsort zu schieben, gleich auch ihm zu bedeuten, dass, falls der Bettler zum zweitenmal betreten werden sollte, selber sogleich mit der Spinnhausstrafe unausbleiblich angesehen werden würde und da hiernächst auch den

Digitized by Google

gesammten Invaliden das Betteln oder Almosensammeln nicht erlaubt ist, mithin, und da ungleichen ein derlei Invalid im Betteln betreten würde, soll derselbe sogleich ohne alle Rücksicht zur gehörigen Bestrafung gezogen werden, wie dann auch von den Wirthschaftsbeamten oder Vorstehern, ja von jeder Ortsobrigkeit, da diese ihre wahren Bettler zu unterhalten anstehen und selbige zum Vagiren nöthigen sollten, von ihnen ein proporzionirtes Geldquantum einzufordern, daraus ein Capital anzulegen, dieses dem Armenhause zu widmen, folglich die Bettler dahin einzunehmen und davon zu unterhalten sind." (16. Jänner 1761.)

Nichtsdestoweniger wurde fortgebettelt, es bettelten sogar die zur Gemeindearbeit verurtheilten Verbrecher (Verordnung vom 12. Februar 1784).

Ueber die Grundsätze, nach welchen, abgesehen von dem erwähnten Armeninstitute, die Armenversorgung zu besorgen war, sei nur im allgemeinen hervorgehoben, dass zunächst die Gemeinde der Geburt in Betracht kam, soferne nicht der zehnjährige Aufenthalt gegeben war (Unterstützungswohnsitz in unserem Sinn). Lag mindestens zehnjährige Dienstleistung an einem Orte vor, so wurde unterschieden: Verpflichtung der Herrschaft, wenn die Dienste ihr allein geleistet waren, der Gemeinde, wenn sie dieser oder Privaten geleistet waren, beiden zusammen, wenn die Dienste abwechselnd erfolgten. Es lag ein den damaligen Verhältnissen angepasster gesunder Gedanke in dieser Ordnung.

Ich habe bereits erwähnt, dass ich der Polizeiaufsicht und der Arbeitshäuser im Zusammenhange gedenken werde. Es soll dies im nächsten Zeitabschnitte erfolgen.

4. Die Zeit vom Strafgesetze von 1803 bis zur Erlassung der Landstreichergesetze. Ich schicke in erster Linie die nunmehr in Wirksamkeit getretenen strafrechtlichen Bestimmungen voraus. Sie waren im ganzen recht dürftig, insbesonders dachte man nicht daran, den Begriff der Landstreicherei aus einem polizeirechtlichen zu einem strafrechtlichen zu erheben. Berg (a. a. O. S. 678) führte an, dass einige Gesetze der damaligen Zeit schon die blosse Landstreicherei als ein peinlich zu strafendes Verbrechen erklären, in den meisten Territorialgesetzen jedoch das blosse Vagabundenleben lediglich als ein Polizeivergehen anzusehen sei. Er selbst erwähnt das churbadische peinliche Recht, nach welchem „bei Gaunern schon ihre Lebensart, auch ohne vorhandenen Beweis eines begangenen Diebstahles hinreichend sei, sie wegen Landstreicherei (Vagantenlebens) zu einer 6 bis 12monatlichen Arbeitshausstrafe und Landesverweisung, im Wiederbetretungsfall für eine gedoppelte Zeit in's Zuchthaus zu verurtheilen."

Bestimmungen solcher Art kamen aber auch in anderen Gesetzgebungen vor und ich will aus dem mitteleuropäischen einige erwähnen.

Das französische Strafgesetz hatte in den Art. 269 bis 273 gegen die Landstreicherei Bestimmungen aufgestellt (Gefängniss von

Digitized by Google

3 bis 6 Monaten, gegen Ausländer Landesverweisung) und Landstreicher oder hergelaufene Leute solche genannt, welche weder einen bestimmten Wohnsitz, noch Mittel zum Lebensunterhalt haben und gewöhnlich weder ein Handwerk, noch ein Gewerbe betreiben. Dazu kamen Bestimmungen gegen Bettel an einem Orte, für welchen eine zur Verhinderung der Bettelei eingerichtete öffentliche Anstalt besteht (Gefängniss von 3 bis 6 Monaten, Art. 274) gegen arbeitsfähige Gewohnheitsbettler an anderen Orten (Gefängniss von 1 bis 6 Monaten, bei Betretung ausserhalb des Bezirkes von 6 Monaten bis 2 Jahren, Art. 276), Bettel mit Drohung, Eindringen in geschlossene Räume, mit Täuschung, in Gesellschaft (Gefängniss von 6 Monaten bis 2 Jahren, Art. 277). Endlich gab es erhöhte Strafen gegen Bettel und Landstreicher wegen Besitzes von Waffen oder Diebswerkzeug, nicht aufgeklärten Geldbesitzes, Gewaltthätigkeit, falscher Ausweise u. dgl.

Das preussische Landrecht enthielt im II. Theil, 20. Titel, von den inneren Staatsverbrechen, in den §§. 191 bis 195 Bestimmungen gegen die Landstreicherei, die jedoch nur die Abschaffung fremder Landstreicher und die Bestrafung ihrer Rückkehr ermöglichten. „Fremde Landstreicher, welche nirgends einen festen Wohnsitz haben und wovon sie sich ernähren, nicht glaubhaft nachweisen können, sollen, wenn bei der Untersuchung ihres bisherigen Lebenswandels keine Anzeigen eines begangenen Verbrechens sich hervorthun, über die Grenze gebracht und ihnen die Rückkehr bei Festungsstrafe verboten werden.“ Kamen sie doch wieder, so drohte ihnen 2jährige Festungsstrafe, im Wiederholungsfalle „lebenswierige“. Diese Bestimmungen hatten auch im Falle des Zusammentreffens mit anderen Strafthaten Anwendung.

Das 11. Capitel des ersten Theiles des „neuverbesserten churbairischen Criminalrechtes“ vom 7. October 1751 handelt unmittelbar von unserem Gegenstande und seine Bestimmungen sind so bezeichnend, dass ich mich nicht enthalten kann, sie trotz ihrem Umfange anzuführen: „§. 1. Ausländische Bettler, Vaganten, Stationir, Wallfahrer, Pilger, Gartenknecht, abgedankte Soldaten, fremde Schüler, verstellte Pfaffen, Clausner, Eremiten, Pfannenflicker, Spielleute, Schergen, Freileute, Schinder und dergleichen, wie es immer Namen haben mag, wenn sie im Lande nicht geboren oder erzogen worden oder sonst das Domicilium nicht ersessen haben und sich auf dem Bettelvagiren oder Müssiggang betreten lassen, sind ohne Unterschied des männlichen oder weiblichen Geschlechtes das erstemal ohne Anfrage oder Berichterstattung gegen geschworne Urfehde und Aufbrennung des Buchstabens B sammt ihren Kindern den nächsten Weg nach aus dem Lande zu führen, mit der Commination, dass, wenn sie sich hierin abermals betreten lassen, dieselben als Verächter des chur- und landesfürstlichen Gebotes (es mag von ihnen gleich etwas anderes verbrochen worden sein oder nicht) von dem Leben zum Tode, und zwar die Mannsbilder mit dem Strang, die Weibsbilder aber mit dem Schwert hingerichtet werden sollen. Welche comminirte Todesstrafe

Digitized by Google

denselben auch auf weiteres Betreten ohne alle Begnadigung, jedoch auf vorläufige Begnehmigung der churfürstlichen Dicasterien wahr gemacht werden soll. §. 2. Ausländische Kramersleute, welche nur mit kurzer Ware zu handeln pflegen und sich mittels alljährlich zu renovirender Hofräthlicher oder Regierungsattesten nicht legitimiren können, dass ihnen die inländischen Märkte zu besuchen erlaubt sei, sollen das erstemal mit der Commination, dass man sie auf weiteres Betreten den ausländischen Bettlern und Vaganten in der Strafe gleich halten würde, zurückgewiesen, das zweitemal aber wirklich mit sotaner Strafe gegen sie verfahren werden. §. 3. Die nämliche Beschaffenheit, wie bei den ausländischen Krämern hat es mit den fremden Handwerksburschen, welche sich auf den Bettel oder ohne obrigkeitlichen Laufzettel betreten lassen, oder die ihnen hierinfalls vorgeschriebene Wanderschaftsroute gefährlich überschreiten. §. 4. Die inländischen Bettler, Vaganten und Müssiggänger sind das erstemal von jedes Orts Obrigkeit, wo sie sich finden lassen, mit empfindlichen Carbatschstreichen an die Arbeit oder ihren Geburtsort anzuweisen. Das anderemal aber auf Jahr und Tag in das Arbeitshaus zu liefern, auch alldort ihrer Leibsconstitution gemäss mit wöchentlichen Carbatschstreichen zu überfahren, das dritte- oder viertemal aber ist allzeit die vorige Strafe zu dupliren. §. 5. Jenen inländischen Bettlern und Vaganten aber, welche an abseitigen Orten oder mit Gewehr oder Dietrichsschlüsseln, Leimruthen, Bindschnüren und dergleichen versehen oder sonst etwas mehr als andere gemeine Bettler und Müssiggänger verdächtig sind, ist im Fall sich nicht noch nähere *Indicia* einer begangenen Räuberei oder anderen Capitalmissethat hervorthun wollten, ohne Anfrage eine sogenannte Reck mittels einmaliger Aufziehung oder Anschlagung des Seils zu schenken und da sie hierunter weiter nichts Hauptsächliches bekennen, sind selbe ebenfalls ohne weiteren Process und Anfrage wenigstens auf Jahr und Tag wegen des verbotenen Bettels oder Müssigganges in das Arbeitshaus mit Determinirung der alldort zu empfangen habenden Carbatschstreichen zu liefern. §. 6. Wer dergleichen in- oder ausländischen gefährlichen Leuten wissentlich Unterschleif gibt, hat ebenfalls die Arbeitshausstrafe auf Jahr und Tag sammt den wöchentlichen Carbatschstreichen verwirkt. Und wer gegen das Verbot Almosen gibt, soll um 40 Reichsthaler gestraft werden, wovon die Hälfte dem Aufbringer, die andere Hälfte der Obrigkeit, wo der Fall geschieht, gebührt. Dazu kamen noch im §. 7 Vorschriften über Grenzbewachung, Visitation und Streifung, Heiraten Arbeitsunfähiger und Warnungstafeln an den Grenzen.

Das österreichische Strafgesetz vom 3. September 1803 (II. Theil) enthielt wie seine Neuredaction, das geltende Strafgesetz vom 27. Mai 1852, lediglich Bestimmungen gegen den Bettel, die ihren Inhalt überdies erst durch die bestehenden Armenversorgungsanstalten und polizeilichen Vorkehrungen bekamen. (Man vergleiche mit ihnen Feuerbach, Peinliches Recht, §. 448, der den „muth-

Digitized by Google

willigen Bettel" als jenen bezeichnet, welcher aus Müssiggang als Gewerbe betrieben wird.)

Der §. 261 von 1803 lautete: „Die Vorkehrung gegen das Betteln steht mit den Armenversorgungsanstalten in Verbindung und ist im Allgemeinen den Ortsobrigkeiten übertragen. Das Betteln wird aber eine schwere Polizeiübertretung, wenn bei bestehenden Versorgungsanstalten eine mehrmalige Betretung, Hang zum Müssiggang und Fruchtlosigkeit der geschehenen Abmahnung oder ersten Bestrafung bezeuget." Die Strafe war nach §. 262 Arrest von 8 Tagen bis zu einem Monat, bei öfterer Betretung bis zu 3 Monaten, „und nach hervorleuchtender grösserer Unverbesserlichkeit durch schwere Arbeit, Fasten und körperliche Züchtigung" verschärfbar. Der in dieser Bestimmung zum Ausdruck gekommene Gedanke war ein vortrefflicher und er kann kaum besser beleuchtet werden, als dies Kudler (Erklärung des Strafgesetzes über schwere Polizeiübertretungen) mit den Worten that, „wo Versorgungsanstalten mangeln, ist eine Bestrafung wirklich dürftiger Bettler sowohl unschicklich, weil sie der Bettelei doch niemals Einhalt thun wird, die durch das Gefühl des gegenwärtigen und drückenden Nothstandes hervorgerufen, durch entfernte, ungewissere und geringere Strafübel nicht unterdrückt werden kann; als auch ungerecht, weil der wahrhaft Arme, der in Ermanglung eines anderen Erhaltungsweges das Mitleid Anderer um Unterstützung anspricht, weder widerrechtlich, noch unsittlich handelt. Wenn die bestehenden Armenanstalten unzulänglich sind, so kann dies zwar dem Arbeitsscheuen nicht, wohl aber dem wirklich Dürftigen zur Entschuldigung dienen, sobald er nur die öffentliche Unterstützung vorschriftsmässig angerufen hat, sein dringendes Bedürfniss aber auf diesem Wege nicht befriedigt wird." Er fügt bei: „wollte man die Strafe recht streng ausmessen, damit sie abhalte, so würde man bald weniger Bettler, aber mehr Diebe haben". Man vergleiche damit, was Jenull (Das österreichische Criminalrecht bei §. 66) bemerkt, dass man die Bettelei auf das strengste verboten und bestraft habe, ohne sich dabei zu überlegen, ob der Bettler auch einen anderen Nahrungszweig finde.

Neben dieser allgemeinen Bestimmung gab es 3 besondere. Es lautete §. 263: „Ein Bettler hingegen, der um grösseres Mitleid zu erwecken, Verstellung von körperlichen Gebrechen, Wunden, Krankheiten und dergleichen anwendet, ist sogleich bei der ersten Betretung auf einen Monat zu verurtheilen. Hätte er zu einem solchen Endzweck seinem Körper wirklich Gewalt zugefügt, so greift die auf die Selbstverstümmelung und absichtliche Selbstverletzung in dem §. 161 verhängte Strafe Platz" §. 264. „Wenn ein Kind unter 14 Jahren im Betteln betreten wird, sind die Eltern oder diejenigen, unter deren Aufsicht oder Pflege das bettelnde Kind steht, dafern sie davon Wissenschaft gehabt oder es selbst geheissen hätten, mit Arrest von 8 Tagen bis zu 1 Monate zu bestrafen." §. 265. „Die-

Digitized by Google

jenigen Eltern, welche Kinder herleihen, um von Andern als Werkzeuge gebraucht zu werden, sind auf die im §. 262 ausgedrückte Art zu bestrafen.“ Hier tauchte die bestrittene Frage des Bettelbetruges auf. Kudler (a. a. O.) leitet mit Recht daraus, dass der Gesetzgeber im §. 263 nur der Vorspieglung oder absichtlichen Zuziehung körperlicher Gebrechen erwähnt, ab, dass alle anderen Fälle, z. B. Vortäuschen von Feuerschäden, Ueberschwemmung und Hagelschlag, als Betrug zu behandeln seien. Ebenso schliesst er bei §. 265 mit Recht, dass die Nichteltern, welche mit dem ausgeliehenen Kinde oder durch dasselbe betteln, sich des Betruges schuldig machen — weil der Gesetzgeber im §. 265 nur der Eltern erwähnt. Allerdings kann man dagegen geltend machen, dass §. 264 nicht blos von den Eltern spricht (Nippel, Handbuch, nimmt blos Bettel an). Endlich ist zu erwähnen, dass Bettel auf Grund falscher Brandzeugnisse und Bettelpässe zufolge Hofdecretes vom 14. Juni 1823, Z. 3381, als Verbrechen des Betruges durch Fälschung öffentlicher Urkunden nach §. 178 d des I. Theiles angenommen wurde.

Es sei gestattet, gleich hier im Zusammenhang die Bestimmungen des geltenden Strafgesetzes vom 27. Mai 1852 über den Bettel anzuführen, die erst durch das Landstreichergesetz ihre Wirkung verloren. Die §§. 517 bis 521 entsprachen im ganzen den §§. 261 bis 265 des vorausgegangenen Strafgesetzes. Abgesehen von einigen stilistischen Aenderungen und dem Wegfalle der Namhaftmachung der Verschärfungsarten ist im §. 519 die Verweisung auf die Selbstverstümmlung entfallen (welche nun nach §. 409 nur als eine Strafthat gegen die Wehrpflicht aufgefasst wurde) und §. 521 ergänzt worden, indem auch sonstige Pfleger des Kindes als Herleiher aufgenommen wurden. Die Ansichten über den Bettelbetrug waren in der Anwendung schwankend, eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 4. December 1855, Z. 11.520 nahm aber Betrug an, als jemand „für eine durch Cholera und Eisenbahnunfälle verunglückte Familie“ fälschlich sammelte, ohne dass es eine solche Familie gab.

Während der Wirksamkeit des Strafgesetzes von 1803 waren die Verwaltungsbehörden über alle Uebertretungen ausschliesslich zuständig, nur auf die Dauer des kurzlebigen Strafverfahrens von 1850 und in einigen Kronländern trat die Zuständigkeit der Gerichte ein. Unter der Herrschaft des Strafgesetzes von 1852 sollte nach §. 9 des Strafverfahrens vom 29. Juli 1853 diese Zuständigkeit mit Ausnahme von einzelnen Uebertretungen im Polizeirayon der Hauptstädte und bestimmter anderer Orte bleibend werden.

Schon zufolge Verordnung vom 11. Mai 1854 wurden zunächst die Polizeibehörden der Landeshauptstädte, dann mit Verordnung vom 20. Juni 1858 die Verwaltungsbehörden überhaupt über die Mehrzahl der Uebertretungen, darunter die vorerwähnten zuständig erklärt und erst durch das Gesetz vom 22. October 1862 die Zuständigkeit an die Gerichte übertragen, jedoch wieder mit Ausschluss einiger Landeshauptstädte am Sitze

Digitized by Google

staatlicher Polizeibehörden. Thatsächlich hatten daher vielfach dieselben Behörden die polizeiliche Ahndung und die strafrechtliche Bestrafung zu besorgen. Ich muss hier in Kurzem die Aenderungen in der Organisation der Behörden vorausschicken. (In Bezug auf die verwickelten Gerichtsbarkeiten in Criminalsachen, deren Auftheilung auf landesfürstliche und Patrimonialrichter verweise ich auf die Darstellung bei Jenull, a. a. O. bei §. 211 und auf Würth, Strafprocessordnung, S. 77. Ausführlich behandelt die Organisation selbst das Werk „Geschichte des älteren Gerichtswesens in Oesterreich ob und unter der Enns" von Luschin-Ebengreuth für diese zwei Länder.)

Die umfassende Gesetzgebung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, welche dem Jahre 1848 folgte, hatte begreiflicherweise einschneidende Aenderungen in Bezug auf die Behörden zur Folge. Der Zustand, welchen das Strafgesetz von 1803 angefunden hatte, war ungefähr folgender: Nicht blos die Polizeigerichtsbarkeit, sondern auch die Polizeiverwaltung stand im allgemeinen den politischen Obrigkeiten zu, das heisst auf dem Lande, soferne nicht die Ortsobrigkeiten in Frage kamen, den unter den verschiedensten Namen bestehenden Herrschaften (Dominien, Pfleggerichten, Wirthschaftsämter, Bezirksherrschaften), in den Städten den Magistraten. Eine gewisse Concentration war schon mit dem Patente vom 24. Juli 1753 durch die Einsetzung der Kreishauptleute angebahnt, welche insbesonders auch das Polizeiwesen zu überwachen hatten. Auf einzelne Ausnahmen einzugehen, wäre hier nicht der Ort. Die Zweitheilung der damaligen Polizeiübertretungen, nämlich in schwere (den politischen Verbrechen des Josefinischen Strafgesetzes) und in die übrigen nicht im Strafgesetze enthaltenen, hatte daher mit Bezug auf die Zuständigkeit wenig Bedeutung. Kudler (Erklärung des Strafgesetzes über schwere Polizeiübertretungen, 1836, I, 21) tröstet sich darüber mit den Worten: „Wenn nach dem Organismus unserer politischen Verwaltung in solchen Fällen (d. i. den leichten) auch wirklich die nämlichen Personen einschreiten, wie im Verfahren gegen die einer schweren Polizeiübertretung Beschuldigten, so erscheinen sie doch in einer anderen Eigenschaft, nämlich nicht in der als Richter, sondern als Organe der Polizeiverwaltung." Dazu waren die von Kaiser Josef II. organisirten Polizeidirectionen getreten, eine Organisation, die auch auf diesem Gebiete den weitausschauenden Blick dieses Monarchen verräth, welche jedoch leider ebenfalls unausgebaut geblieben ist, ja geradezu im Laufe der Jahre in ihr Gegentheil gewandelt wurde. In Wien hatte schon eine Polizeidirection bestanden (siehe die Polizeiordnung vom 2. März 1776) mit 4 Stadt- und 8 Vorstadtbezirken, sie wurde unter die Leitung eines Polizeioberdirectors gestellt (Polizeiordnung vom 1. November 1791). Wie nun die einheitliche Organisation des ganzen Polizeiwesens gedacht war, geht am besten aus der sodann für Steiermark, Kärnten und Krain erlassenen Polizeiordnung vom 31. Mai 1786 hervor, und deshalb sei gestattet, ihren Eingang wörtlich anzuführen. „Nachdem Seine Majestät be-

Digitized by Google

fohlen haben, dass die Polizeianstalten in der ganzen Monarchie gleichförmig und nach dem Muster der Residenzstadt Wien eingeführt werden sollen, und in dieser Absicht auch zu Grätz, als der Hauptstadt der drei vereinigten innerösterreichischen Provinzen, einen dem Landeschef allein unterstehenden dirigirenden Polizeicommissär, mit dem erforderlichen Amtspersonal und einer Sicherheitswache angestellt haben, deren Obliegenheit es ist, ohne anderen von ihrer Activität etwas zu benehmen, sondern vielmehr denselben in Vollstreckung ihres Amtes Assistenz zu leisten, darauf wachsam zu sein, damit Unglücksfälle abgewendet, oder doch deren Folgen nach Möglichkeit gemässigt, die Normalgesetze befolgt, das Leben und die Habschaft der Einwohner geschützt, öffentliche Aergernisse gehoben, das Betteln und der damit verknüpfte Müssiggang abgestellt und überhaupt alles, was der öffentlichen Sicherheit und dem allgemeinen Wohlstande hinderlich oder gefährlich sein mag, zeitlich entdeckt und aus dem Wege geschafft, folglich sowohl bei der Hauptstadt, als aller Orten auf dem Lande die vorgeschriebene Polizeiordnung beobachtet werde; so werden die sämmtlichen Stadt-, Markt- und beträchtlichen Dorfrichter der vereinigten innerösterreichischen Provinzen durch besondere Decrete mit der Polizei in Grätz und auch die Polizeidirectionen der ganzen Monarchie unter sich selbst zu besserer Erreichung des gemeinschaftlichen Endzweckes in Verbindung gesetzt und verordnet: . . ."

Solche Polizeidirectionen wurden nur in den Landeshauptstädten errichtet und dem betreffenden Landeschef untergeordnet.

Die damit gegebene Grundlage zu einem einheitlichen Ausbau der Sicherheitspolizei wurde nicht benützt, diese gelangte allmälig in jenen Zustand der Zersplitterung, in welchem sie sich noch befindet. Auf Grund des Gemeindegesetzes vom 17. März 1849 wurde die Ortspolizei den Gemeinden übertragen, darunter unter anderem nach §. 120 als vorzugsweise Aufgabe, dem Strassenbettel zu steuern und auf herumziehende Landstreicher zu achten. Durch das Gesetz vom 18. Jänner 1850, R. G. Bl. Nr. 19, wurde die Gendarmerie errichtet, sie hatte insbesonders auch Landstreicher und verdächtige, ausweislose Personen anzuhalten und Einsicht in ihre Reiseurkunden zu verlangen, sie im Falle der Anhaltung an die nächste Sicherheitsbehörde abzugeben. Dazu kam die mit Cabinetschreiben vom 31. December 1851 eingeleitete Organisation der Rechtspflege und Verwaltung.

Auch hier hatte Kaiser Josef mit dem Patente vom 20. August 1787, J. G. S. Nr. 712, den zu beschreibenden Weg vorgezeichnet, der in Abschaffung der Strafgerichtsbarkeit der Patrimonialgerichte und Einführung landesfürstlicher, einheitlich organisirter Strafgerichte gipfelte. Erst die kurzlebige Strafprocessordnung vom 16. Jänner 1850 schuf (gemäss den Grundzügen der neuen Gerichtsverfassung vom 14. Juni 1849) in ihrem Einführungsgesetze die Organisation der Gerichte in Schwurgerichte, Bezirkscollegialgerichte

Digitized by Google

und Einzelbezirksgerichte, so dass den beiden letzteren die bisherigen schweren Polizeiübertretungen zuzufallen hatten (ersteren auch ein Theil der Verbrechen). Letztere wurden je nachdem sie den Collegial- oder den Einzelgerichten zugewiesen wurden, Vergehen oder Uebertretungen genannt (diese stoffliche Einleitung aber im Strafgesetze von 1852 wieder vollständig geändert). Diese Organisation war von keiner Dauer. Ich übergehe die Verschiedenheiten, welche in dieser Zeit in den einzelnen Kronländern herrschten, und den Wirrwar bis zum Abschluss der Organisation, werde übrigens darauf noch zurückkommen.

Mit dem Cabinetsschreiben vom 31. December 1851 (R. G. Bl. Nr. 4 aus 1852) war im Punkt 21 angeordnet worden, dass die rein juridischen, sowie die mit der politischen Verwaltung als Bezirksämter fungirenden ersten Instanzen für Uebertretungen und besonders zu bezeichnende Vergehen, für Erhebungen des Thatbestandes und alle Hilfeleistungen zum Behufe und zur Unterstützung der Strafgerichte berufen seien. Demgemäss wurden mit den Verordnungen vom 19. Jänner 1853 (R. G. Bl. Nr. 9 und 10) die Bezirksämter geschaffen, bei welchen Rechtspflege und Verwaltung gemischt war. Andererseits zeichnete der bereits erwähnte §. 9 des Strafverfahrens von 1853 die Zuweisung einzelner bestimmter Uebertretungen an Polizeibehörden vor, die dann in der That erfolgte. (Verordnung vom 11. Mai 1854 an die Polizeibehörden Wien, Linz, Salzburg, Graz, Laibach, Klagenfurt, Triest, Innsbruck, Zara, Prag, Brünn, Troppau, Lemberg, Krakau, Czernowitz.) Die Verordnung vom 20. Juli 1858 machte, wie erwähnt, auch die politischen Verwaltungsbehörden zuständig. Wir stehen daher zwar nicht mehr vor jener Thatsache, zu welcher Kudler Stellung nahm, dass zwei Jurisdictionen in einer Person vereinigt waren, aber nun vor der anderen, der Vereinigung dieser Jurisdictionen in einer Behörde, die zugleich das Strafrichteramt im engeren Sinne, das Polizeirichteramt und die Polizeiverwaltung, auszuüben hatte.

Der Strafrichter hatte einen Theil der Uebertretungen nach der Strafprocessordnung, der Polizeirichter die Mehrzahl derselben nach dem Verfahren vom 5. März 1855, R. G. Bl. Nr. 34, jedoch mit dem Rechtszuge an die Oberlandesgerichte, derselbe oder ein Polizeirichter Nr. 2 die leichten Polizeiübertretungen nach dem Verfahren vom 3. April 1855, R. G. Bl. Nr. 61, mit dem politischen Rechtszuge zu verhandeln und zu entscheiden, bezüglich der letzteren die arbiträre Verordnung vom 20. April 1854, R. G. Bl. Nr. 96, anzuwenden, und war in mancher Richtung zweiter Instanz. Das war eine Begriffsverwirrung, welche kaum durch die Verschiedenheit der Person des einen und anderen aufgehoben werden konnte, denn Dirigent war schliesslich der Amtsvorstand und mit der erstrichterlichen Unabhängigkeit war es damals gar nicht weit her.

Neben diesen gemischten Bezirksämtern gab es vorwiegend in den Städten am Sitze der Collegialgerichte einerseits reine Bezirks-

Digitized by Google

einzelgerichte, andererseits reine Bezirksämter, nur dort war daher die Trennung von Rechtspflege und Verwaltung durchgeführt. Erstere kommen jedoch für unsere Frage nicht in Betracht, weil die betreffenden Uebertretungen eben den Bezirksämtern und dort, wo solche bestanden, den besonderen Polizeibehörden zugewiesen waren (letztere aus den früher erwähnten Polizeidirectionen zufolge Entschliessung vom 10. Juli 1850 aufgestellt, welche die Grundzüge für die nunmehrige Organisation der Polizeibehörden bekannt gab). Die Bezirksämter waren in Polizeisachen den Kreisämtern und sodann den Statthaltereien (Landesregierungen), die Bezirksgerichte und die Bezirksämter in Rechtspflegsachen den Collegialgerichten und sodann den Oberlandesgerichten untergeordnet. Collegialgerichte bestanden dort, wo Kreisämter waren oder auch für mehrere Kreisamtssprengel. Nach Czoernig (Oesterreichs Neugestaltung 1848—1858, S. 37 ff.) bestanden anfangs 78 reine Bezirksgerichte, 818 gemischte und 87 reine Bezirksämter. Die Hauptmenge machten daher die gemischten aus.

Nach dieser Abschweifung sei wieder zum Gegenstand selbst zurückgekehrt. Die Flut der Verordnungen nahm ihren Fortgang (ich führe sie nach Graf Barth von Barthenheim, System der österreichischen administrativen Polizey 1829, Chrysostomus Fauller, Gesetze, Verordnungen und Vorschriften für die Polizeiverwaltung 1827, Johann Kanka, Handbuch des österreichischen Gesetzes über schwere Polizeiübertretungen 1823, Koppel, Handbuch der österreichischen Strafgesetze über Vergehen und Uebertretungen 1851, Lienbacher, Das österreichische Polizeistrafrecht 1880, Mayerhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst 1875, Prucha, Die österreichische Polizeipraxis 1877, Stubenrauch, Handbuch der österreichischen Verwaltungsgesetzkunde 1861, Adalbert Zaleisky, Handbuch der Gesetze und Verordnungen für die Polizeiverwaltung 1854, und den verschiedenen allgemeinen und Provinzialsammlungen an).

Der zunehmende Verkehr mit dem Auslande brachte begreiflicherweise auch erhöhte Gefahr der Einwanderung unlauteren Volkes. Demgemäss bildete sich das Melde-, Pass- und Ausweiswesen aus, vielfach weit über das Ziel schiessend, zur Plackerei anständiger Leute führend und doch seinen Zweck nicht erfüllend. Es kann hier nicht der Ort sein, die diesbezüglichen Vorschriften aufzuführen. Es sei nur in kurzen Umrissen skizzirt, in welcher Richtung sich diese Vorschriften bewegten, um arbeitsscheuen Zuwachs zu verhindern.

Die Strafsanction gegen Uebertretung der Meldevorschriften lag zunächst im §. 78 (II. Theil des St. G. von 1803, nun §. 320), welche mit den Worten eingeleitet war: „Da der öffentlichen Aufsicht eine genaue Kenntniss aller Einwohner und Fremden von grösster Wichtigkeit sein muss, so wird jede Nichtbefolgung der in dieser Absicht an jedem Orte insbesonders bestehenden Vorschriften als eine schwere Polizeiübertretung betrachtet und bestraft.“ Die viel-

Digitized by Google

fachen Schwankungen, welche die Gerichtsbarkeit über diese Uebertretungen mitmachten, sind für unsere Frage nicht von Belang.

Es wurde bereits darauf verwiesen, dass in Bezug auf die Handwerksburschen Kundschaften (Wanderbücher) bestanden. Auf sie bezieht sich das Verbot der Aufnahme eines Gesellen ohne Kundschaft im §. 79 (II, St. G. 1803, nun §. 321), wozu in der Folge die Erklärung der Kundschaften als öffentliche Urkunden, ihrer Fälschung als Verbrechen des Betruges zufolge Hofdecretes vom 17. Mai 1819, Nr. 1562, J. G. S., sodann im St. G. von 1852, §. 320 *f* und *g*, die nicht als Verbrechen qualificirte Fälschung und die Verwendung von fremden Ausweisen kam. Zufolge Entschliessung vom 14. Mai 1833 war ausländischen Handwerksburschen der Eintritt in die österreichischen Staaten nicht zu gestatten, wenn sie sich mit keinem Wanderbuche oder Reisepasse ausweisen können, oder sonst bedenklich seien, seit mehr als 2 Monaten nicht in Arbeit gestanden, ohne eine Krankheit als Ursache nachweisen zu können, und sich beim Uebertritt nicht wenigstens im Besitze von 8 fl. C. M. befanden. Aber auch jenen wurde auf die Kappe gegangen, welche sich bei Ausübung ihres Wandertriebes zwar auf die Inanspruchnahme der Gewerbsleute durch Verlangen eines Zehrpfennigs beschränkten, jedoch monatelange arbeitslos waren, ohne sich darob rechtfertigen zu können (22. Mai 1833). Auch die inländischen Handwerksburschen und Dienstleute wurden übrigens in Bezug auf ihre Beschäftigungslosigkeit in zahlreichen Verordnungen (die sich vielfach auf die einzelnen Gewerbe und Hantirungen beziehen) strenge überwacht. In Wien waren Dienstboten, welche über 14 Tage vacirend waren und sich entweder beim Dienstbotenamte gar nicht gemeldet hatten oder von welchen letzteres die Ueberzeugung hatte, dass sie nicht unverschuldet dienstlos seien, ohne weiteres in das Zwangsarbeitshaus zu notioniren.

Die Gewerbeordnung vom 20. December 1859 führte sodann die Arbeitsbücher ein.

Eine stattliche Reihe von Vorschriften bezog sich auf die Hausirbewilligungen, von welchen übrigens nach dem Hausirpatent vom 5. Mai 1811 Ausländer ausgeschlossen waren. Man verschloss sich schon zu Anfang des Jahrhunderts der Wahrnehmung nicht, dass die Bewilligungen dieser Art in Menge als Deckmantel für Arbeitsscheu und Landstreicherthum, insbesonders aber auch für gewerbsmässigen Diebstahl dienten. Da dieser Missstand heute noch nicht ausgerottet ist, führe ich einige Belegstellen an. Das Hofkanzleidecret vom 7. Jänner 1826 theilt mit, dass sich die niederösterreichische Appellationsstelle dahin geäussert habe, „dass die Vervielfältigung der Pässe zum Hausiren, Musiciren und Strazzensammeln, womit die Betheiligten besonders auf dem Lande herumziehen, der Aufsicht der Obrigkeiten entgehen und die Gelegenheiten zum Stehlen ausspähen, dazu beitrage, die Verbrechen des Diebstahles und Betruges zu vermehren". Ein Regierungsdecret vom 15. Juni 1821

Digitized by Google

gibt bekannt, „die Sorglosigkeit, mit welcher sich die Dominien und Magistrate bei Ertheilung der Pässe zum Strazzensammeln benommen haben, und die aus der Erfahrung abgezogene Ueberzeugung, dass hienach eine Menge von Menschen aus der gemeinsten und bedenklichsten Volksklasse unter diesem Titel das Land durchstreifen und die Sicherheit zu gefährden Gelegenheit finden, haben das inneröster-reichische Gubernium bewogen, den dortländigen Ortsobrigkeiten das Recht, dergleichen Pässe zu ertheilen, abzunehmen und dasselbe ausschliesslich den Kreisämtern zuzuweisen". Es war offenbar damals üblich geworden, sich der Lästigen und Bemakelten auf diesem Wege zu entledigen. Missstände der gleichen Art bestehen heute noch.

Es ergingen Verordnungen gegen herumziehende Sänger von weltlichen und geistlichen Liedern, gegen solche, die mit Beten von Litaneien und Evangelien ihren Unterhalt suchten, gegen Musikanten, Führer von Bären und anderen wilden Thieren, gegen Schauspieler- und Comödiantenbanden, die „das Land durchstreichen und dem Landmann sein Geld ablocken" (R. V. vom 11. December 1805), wobei auf die Verordnungen vom 28. Mai 1799 und 15. Februar 1802 verwiesen wird, nach welchen die Inländer zu einer anderen nützlichen Beschäftigung und selbst zum Soldatenstand anzuhalten, die Ausländer aber auf kürzestem Wege ins Ausland zu schaffen waren. Hadern-sammlern, Schleifern, Hausirern, Schaukünstlern und Musikproducenten wird das Mitnehmen von Jugendlichen über 18 Jahren beim männ-lichen, über 16 Jahren beim weiblichen Geschlechte untersagt u. d. m.

Zwischen den Maschen dieser Melde- und Ausweisvorschriften durchzukommen, konnte bei der mangelhaften Organisation des Polizei-wesens nicht schwer fallen. Es ist nicht zu übersehen, dass die scharfen Massregeln gegen Fremde vorwiegend politischen Hinter-grund hatten, indem man eben überall Staatsgefährlichkeit witterte. Der §. 80, II, St. G. von 1803 (der bis 1857 als §. 322 des gelten-den Strafgesetzes bestanden hatte) bedrohte beispielsweise den Post-meister mit Strafe, welcher jemanden vor 48 Stunden weiterbeförderte, der aus der Hauptstadt nicht mit der Post oder doch mit einem Post-zettel anlangte. Diese Bestimmung war auf einen §. 14 der allge-meinen Postordnung von 1748 zurückzuführen. Nach 1825 schrieb man den Fiakern bei Fahrten über vier Meilen von Wien vor, dass sie Passagierscheine für ihre Fahrgäste bei der Linie abgeben. Die heutige Touristik hätte damit ihre liebe Noth gehabt, vom Eisenbahn-verkehr ganz zu schweigen. Es ist geradezu ergötzlich, bei Kudler a. a. O. zu lesen, „wichtige Gründe bewogen die politische Verwaltung, die Benützung der die schnelle Ortsveränderung so sehr erleichternden Postanstalt durch Private zur Entfernung aus den Hauptstädten, durch die ausdrückliche Bewilligung der aufsehenden Behörde zu bedingen". Dieser kleinliche, kurzsichtige Polizeigeist beherrschte mehr oder minder das ganze verwickelte, systemlose System der Fremdenüber-wachung vor und nach dem Revolutionsjahre 1848. Es muss auf eine Wiedergabe der diesbezüglichen Vorschriften verzichtet werden.

Digitized by Google

Die Vorschriften über Streifungen nahmen ihren Fortgang, aber auch die mit ihnen verbundenen Missstände. Mit Decret vom 17. September 1826 musste aufmerksam gemacht werden, dass die betretenen Bettler und Vagabunden nicht blos zum Dorf hinauszujagen oder in einen anderen Jurisdictionsbezirk zu treiben, sondern anzuhalten seien. Gleichzeitig sollten auch für Wien solche nächtliche Streifungen durch die Polizeioberdirection angeordnet werden, damit nicht die vom flachen Lande verjagten Vagabunden in die Stadt dringen. Die Streifungen seitens der Polizeidirection waren übrigens auch ausser die Linien von Wien auszudehnen (Decrete vom 10. November 1817 und 5. Juli 1822). In Bezug auf die zahlreichen weiteren Vorschriften sei nur erwähnt, dass die Sache schliesslich auf eine endlose Wiederholung längst erlassener Vorschriften mit unbedeutenden Abweichungen hinauslief. Die mit Entschliessung vom 10. Juli 1850 genehmigten Grundzüge über den Wirkungskreis der Polizeibehörden erwähnen im §. 16 auch der in den Städten vorzunehmenden Revisionen und Streifungen und der bei denselben aufgegriffenen Bettler, Vagabunden und Müssiggänger. Die seinerzeit erwähnten Häuservisitationen und Revisionen werden jedoch nur mehr in den Weisungen für Wien vom 6. Mai 1822, 19. Juli 1823, 7. Februar 1824 und 15. Februar 1825 angeordnet, wobei „auf Anhaltung aller arbeitslosen, verdächtigen und sonst bedenklichen Individuen" Bedacht zu nehmen war. Insbesonders angeführt wurden Handwerksburschen, welche durch längere Zeit arbeitslos sind und keine Subsistenzmittel besitzen, sowie Beurlaubte und Juden. Nach Einführung des Strafverfahrens vom 17. Jänner 1850 und jenes vom 29. Juli 1853 standen solchen Durchsuchungen gesetzliche Vorschriften entgegen (§. 144 u. f. des ersteren, §. 104 u. f. des letzteren), welche zum mindesten den gegründeten Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens forderten.

Ausführliche Bestimmungen wurden über die Behandlung der Aufgegriffenen neu erlassen. Es wurde mit 30. April und 12. August 1820, 8. April 1821 und 25. Jänner 1828 neuerdings vorgeschrieben, einheimische, arbeitsfähige Vagabunden im Falle ihrer Tauglichkeit als Recruten abzustellen, sonst aber (12. April 1809, 5. August 1816) zur Arbeit an Private zu weisen oder zu öffentlichen Arbeiten oder in Arbeitshäuser abzugeben. Erwerbs- und Dienstunfähige waren nach §. 22, 23, 119, 120 des Gemeindegesetzes von 1849 von der Gemeinde zu versorgen, Nichteinheimische abzuschieben. Wie hart mitunter diese Abschiebvorschriften waren, zeigt ein Erlass vom 4. December 1848, R. G. Bl. Nr. 2, für Wien, nach welchem Leute oder Arbeiterfamilien, die 14 Tage nach ihrem Eintritt ohne Erwerb oder Arbeit betreten werden, sowie Arbeitsunfähige und auf die Wohlthätigkeit Angewiesene abzuschieben waren. Der Schubvorschriften gab es eine grosse Zahl. Die Klage über Entweichungen und mangelhafte Schubbegleitung kehrte immer wieder; es wurden sogar körperliche Strafen angedroht (Hofdecret vom 28. September 1815). Es wurden bei einfacher Abschiebung von Bettlern in deren Geburtsort

Digitized by Google

die Ortsobrigkeiten angewiesen, darauf zu achten, dass sie nicht neuerdings flügge werden, und vorkommenden Falles an die Polizeidirection Wien die Anzeige zu machen. Unterlassung der Anzeige oder mangelhafte Armenversorgung, welche etwa die Rückkehr verursachte, machte die Ortsobrigkeit für die neuerlichen Schubkosten verantwortlich (Hofdecret vom 13. April 1817). Im ganzen drehen sich die zahllosen älteren Schubvorschriften um die Art der Durchführung, vielfach um die Frage, ob mit Haupt- oder Particularschub, von Gemeinde zu Gemeinde oder Dominium zu Dominium zu befördern sei und wer die Kosten zu tragen habe. Dazu kam später die Verwendung der Gendarmerie, Benützung der Eisenbahn u. d. m., zum grössten Theile länderweise geregelt.

Von grösserem Interesse ist, dass mit Hofkanzleidecret vom 9. April 1818 zum erstenmal die Frage, was mit Vagabunden unbekannter Geburtsorte, die nirgends 10 Jahre wohnhaft waren, zu geschehen habe, dahin entschieden wurde, dass sie der Gemeinde des Ergreifungsortes zuzuweisen seien. Allerdings kam schon mit Hofkanzleidecret vom 30. April 1820 die Entscheidung, sie seien der Gemeinde oder Ortsobrigkeit des längsten Aufenthaltsortes zuzuschieben und dort zu behalten, bis Geburtsort oder zehnjähriger Aufenthalt festgestellt sei — soferne man sie nicht zum Militär abstellen konnte. Schon das provisorische Gemeindegesetz vom 17. März 1849 (§. 18), welches die Grundlage der Heimatszuständigkeit wurde, setzte die subsidiäre Zuständigkeit des letzten Aufenthaltes fest und das Heimatgesetz vom 3. December 1863 schuf endgiltig die Zuweisung der Aufgegriffenen mit unbekannter Zuständigkeit als Heimatlosen an die Gemeinde des Aufgreifungsortes (§. 19, Z. 4). Dies wurde fortan ein nicht zu unterschätzender Grund zum Widerwillen gegen Aufgreifung oder Anhaltung unbekannter Landstreicher.

Die Scheidung zwischen Abschiebung und Abschaffung begann allmälig eine feste zu werden. In erster Linie kommt die gerichtliche Abschaffung in Betracht. Das Strafgesetz von 1803 kannte Landesverweisung gegen Ausländer wegen Verbrechen (I, §. 22), welche bei besonderer Gefährlichkeit noch mit Brandmarkung verbunden werden konnte (der Buchstabe R wurde auf der linken Seite des hohlen Leibes sammt dem Anfangsbuchstaben der Urtheilsprovinz eingebrannt). Die Rückkehr eines solchen Verwiesenen war noch Verbrechen (I, §. 83). Ferner konnte gegen Nichtheimatberechtigte (mit Unrecht gegenüber dem Gemeindegesetze vom 17. März 1849 von Kudler bestritten, dagegen unter anderen Koppel, Handbuch der österr. Strafgesetze, 1851) die zeitliche oder unbestimmte Abschaffung aus einem Orte oder einer Provinz gegen Fremde aus dem Gesammtstaate als Nebenstrafe der Verurtheilung wegen bestimmter Uebertretungen verhängt werden (II, §. 17). Die Rückkehr eines derart gerichtlich, aber auch die eines polizeilich Abgeschafften machte wegen Uebertretung straffällig (II, §. 81, 82). In das Strafgesetz von 1852 ist die Landesverweisung bei Verbrechensverurtheilungen

Digitized by Google

und die Abschaffung bei Verurtheilungen wegen bestimmter Vergehen und Uebertretungen aus Ort, Land oder Reich (gegen Ausländer) übergegangen (§. 25, 249), die Rückkehr ist aber bezüglich beider und der polizeilich Abgeschafften nur als Uebertretung zu behandeln (§. 323, 324). Die polizeiliche Abschaffung mit der Wirkung eines ausdrücklichen Rückkehrverbotes war das Ergebniss einer allmäligen Entwicklung und machte auch, als sie bereits ein Rechtsinstitut geworden, zahlreiche Wandlungen durch. Sie hatte stets einen politischen Anstrich. Gegen Ausländer konnte polizeiliche Landesverweisung eintreten, schon wenn sie sich wegen ihres Lebenswandels, ihrer politischen Gesinnung oder ihrer Erwerbsfähigkeit als bedenklich darstellten (H. D. vom 25. Mai 1820 und 20. September 1825). Später wurde dies dahin gemildert, dass ein Ausländer ohneweiters ausser Land geschafft werden könne, wenn sich sein Aufenthalt in Oesterreich aus Rücksicht auf die öffentliche Ordnung oder Sicherheit als unzulässig darstellt, selbst wenn dadurch kein strafgerichtliches Verfahren gegen ihn begründet wird (§. 20 M. V. vom 3. Mai 1853). Als Abschaffungscuriosum sei hier aus der Vorzeit das Hofkanzleidecret vom 28. December 1804 mitgetheilt, dass Ausländer, welche unter dem Vorwande, in Wien zu studiren, sich bei den Professoren einschreiben lassen, jedoch keine Collegien besuchen, noch viel weniger die Prüfungen machen, von der Polizeioberdirection aus den k. k. Staaten abzuschaffen seien. Es war dies eine besondere Abart von Arbeitsscheu. Diese Bestimmungen sind jedoch insgesammt sehr fraglicher Natur, mögen sie auch seinerzeit als unanfechtbar gegolten haben, denn es hat offenbar an einer Vorschrift gefehlt, welche die bisher mit der Abschiebung zusammengeworfene Abschaffung jener auf Grund des Strafgesetzes gleichgestellt hätte.

Für uns von Interesse ist übrigens die polizeiliche Abschaffung nur insoweit, als sie sich gegen Arbeitsscheue richtete. Während die Abschiebung den Charakter einer mehr oder minder provisorischen Massregel trug, andererseits aber die Beförderung des zu Beseitigenden in seine Heimat (Geburtsort, Wohnsitz) zur Folge hatte, war die Abschaffung eine Beseitigung auf bestimmte Dauer oder für immer aus einem bestimmten Gebiete, bedeutete aber nicht die Nothwendigkeit der Abschiebung in die Heimat, schloss daher letztere nicht nothwendig in sich. Es sei hier auf die Darstellung des früheren Zeitraumes verwiesen. Ursprünglich liess die Verweisung aus dem Lande oder dem Landesgerichtssprengel mit der beschworenen Urfehde, nicht mehr zurückzukehren, an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Allmälig scheint sich die Abgrenzung der Verweisung, soferne sie ohne Verbrechensverurtheilung erging, und der Abschiebung vollkommen verwischt zu haben. Der Ausdruck Abschaffung wurde für beides gebraucht (siehe z. B. das Hofdecret vom 9. Jänner 1795, welches von polizeilicher Abschaffung der dem Müssiggang und Bettel Ergebenen spricht). Seit 1803 wurde dieser Zustand noch verworrener. Das n.-ö. Regierungsdecret vom 24. Februar 1804 erklärte die Rückkehr eines

Digitized by Google

nur polizeilich Abgeschobenen nicht strafbar, und (11. August 1816) Vagabunden, Müssiggänger, Bettler und Dirnen mussten einfach wieder abgeschoben werden. Das n.-ö. Regierungsdecret vom 15. April 1813 liess Abschaffung eines Inländers aus einem Orte oder einer Provinz nur bei Verurtheilung wegen einer schweren Polizeiübertretung zu (die allerdings auch durch die politische Behörde erfolgte). Ein Hofdecret vom 22. October 1846 erwähnt dagegen bereits ausdrücklich der aus anderen polizeilichen Gründen erfolgten polizeilichen Abschaffungen mit Verbot der Rückkehr und Strafandrohung für letztere. Ebenso die Regierungsverordnung vom 26. November 1851, welche in diesem Falle ein förmliches Erkenntniss vorschreibt. Inzwischen war das provisorische Gemeindegesetz vom 17. März 1849 ergangen, nach dessen §. 120 der Bürgermeister verpflichtet war, die Strassenbettelei hintanzuhalten und die nicht zur Gemeinde gehörigen Bettler „auszuweisen".

Zur Verwirrung mag beigetragen haben, dass die Strafthaten des II. Theiles des St. G. von 1803 eben schwere Polizeiübertretungen waren und auch von den politischen Behörden, beziehungsweise der Polizei abgeurtheilt wurden. Thatsächlich wird in den angeführten Werken von Barth, Fauller und Zaleisky Abschiebung und Abschaffung regellos oder richtiger regelmässig durcheinander geworfen; dasselbe ist übrigens auch bei Kanka der Fall, und schliesslich ist ein nach Galizien ergangenes Hofkanzleidecret vom 22. September 1725 denselben Irrweg gegangen.

Die Lösung der letzterwähnten Frage ist zweifellos nicht mehr actuell, dasselbe gilt von der zweiten — der ganz merkwürdigen, aber thatsächlich in Uebung gewesenen Abschaffung aus dem Zuständigkeitsorte selber, welche schliesslich zufolge einer Ministerialverordnung vom 19. Mai 1858, R. G. Bl. Nr. 79, abgestellt wurde.

Im §. 20 der Verordnung vom 3. Mai 1853 wurde ferner festgesetzt: „stellt sich der Aufenthalt eines Ausländers in Oesterreich aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung als unzulässig dar, so kann derselbe, selbst wenn dadurch kein strafgerichtliches Verfahren gegen ihn begründet wird, ohneweiters ausser Land geschafft werden".

Artikel III des Gesetzes vom 5. März 1862, R. G. Bl. Nr. 18 (grundsätzliche Bestimmungen zur Regelung des Gemeindewesens), enthält die Bestimmung: „Dieselbe darf jedoch Auswärtigen, welche sich über ihre Heimatsberechtigung ausweisen oder wenigstens darthun, dass sie zur Erlangung eines solchen Nachweises die erforderlichen Schritte gemacht haben, den Aufenthalt in ihrem Gebiete nicht verweigern, so lange dieselben mit ihren Angehörigen einen unbescholtenen Lebenswandel führen und der öffentlichen Mildthätigkeit nicht zur Last fallen", welche in die verschiedenen Gemeindegesetze überging und aus deren negativem Inhalt auf das positive Abschaffungsrecht geschlossen wurde. Nun stand den Gerichten und den in Strafsachen entscheidenden politischen Behörden zu, in Fällen der Rückkehr die Gesetzmässigkeit solcher Abschaffungen zu prüfen. Den Ab-

Digitized by Google

schluss bildete das später zu erwähnende Gesetz vom 27. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 88.

Gegen Landstreicher im allgemeinen sind in dem vorliegenden Zeitabschnitte wenige Vorschriften erlassen worden. Letztere beschäftigen sich vorwiegend mit Bettlern, und Zigeunern. Zu erwähnen wären die Hofkanzleidecrete vom 30. April und 12. August 1820, 8. April 1821, 25. Jänner 1828, welche die Beseitigung heimatloser Vagabunden durch Abstellung zum Militär regeln, und konnte diese Vorschrift zwar gegen Ausländer nicht mehr angewendet werden (Hofkanzleidecret vom 26. November 1813), aber wohl gegen solche, die ihre Ausländereigenschaft nachzuweisen nicht in der Lage waren (Hofkanzleidecret vom 8. April 1821). Militäruntaugliche waren zunächst zur Arbeit bei Privaten anzuhalten (Hofkanzleiverordnung vom 12. April 1809), gegebenen Falles in Arbeitshäuser abzugeben, von welchen später zusammenhängend die Rede sein soll.

Die Zigeunerfrage blieb wie die Frage der Landstreicherei überhaupt ungelöst. Sie war nur insofern leichter zu behandeln, als man hier dem Typus gegenüberstand, insoferne in der Folge schwerer, als verschiedene ungarische Zigeunerfamilien dank der Zuständigkeitsregelung Heimatsloser Inländer wurden und sich wie der Sand im Meere zu mehren begannen — ein minder poetischer Vergleich wäre vielleicht besser am Platz. Ich habe an einem anderen Orte (Zeitschrift für Verwaltung, 1894, Nr. 12) nachzuweisen versucht, dass man auch heute auf dem eingeschlagenen Weg zu keinem Ziel gelangt.

Es hiess jetzt wieder, dass Zigeuner trotz Pässen nicht zu dulden, sondern abzuschieben seien (niederösterr. Reg.-Verordg. vom 6. Jänner 1834), Militärassistenz zur Abschaffung wird angeordnet (niederösterr. Reg.-Decret vom 29. April 1834, Hof-Decret vom 18. Februar 1834), die Strafen gegen Nachlässigkeit von Obrigkeiten und Gemeinden bei Beanständung der Zigeuner auf Geld oder Arrest herabgesetzt (Hofkanzleidecret vom 5. Mai 1843). Mehrere Verordnungen der mährisch-schlesischen und der böhmischen Regierung aus 1843 und 1844 lassen erkennen, dass man Zigeunern sammt Weib und Kind bereits Pässe auf 4, höchstens 8 Wochen ausstellt, und dass die ungarischen Behörden versichern, es werden solche Pässe nur bei bewährtem tadellosen und moralischen Lebenswandel während eines ständigen und mehrjährigen Aufenthaltes ausgestellt — *risum teneatis amici?* Auf eine mit 13. October 1854 geschehene Mittheilung der niederösterreichischen Statthalterei, dass alle Zigeuner mangels Erwerbes mit und ohne Pass abgeschafft werden würden, wurden die ungarischen Behörden angewiesen, an Zigeunerbanden keine Pässe nach Niederösterreich auszustellen. Dann wurde wieder mit Ministerialerlass vom 30. Mai 1851 eingeschärft, Zigeunerbanden oder einzelne Zigeuner, auch wenn sie mit Pässen versehen sind, sich aber bestimmungslos und ohne einen erlaubten Erwerb herumtreiben, ohne weiteres in die Heimat abzuschieben; mit Statthalterei-

Digitized by Google

erlass vom 15. November 1853, Z. 9432 für Böhmen angeordnet, dass den wegen Bestimmungslosigkeit und Hang zum Vagiren bereits einmal abgeschobenen Zigeunern unter keinem Vorwande mehr Reiseurkunden auszustellen seien. Diese Bestimmungen erfreuen sich heute noch der Geltung. Aus ihnen ist zu ersehen, dass die Repression sich allmälig immer mehr abschwächte. Sie wurde eine noch geringere, nachdem die staatsrechtliche Stellung Ungarns sich geändert hatte. Es wurde zwar mit ungarischer Ministerialverordnung vom 9. Juli 1867, Z. 1442, wieder angeordnet, dass die Municipien Reisedocumente nur an solche Zigeuner verabfolgen dürfen, die sich mit einem ehrlichen Gewerbe befassen, und zwar in der Regel blos für die Person des Gewerbetreibenden selbst und mit unbedingter Ausschliessung seiner Familie. Wie ganz anders sich die Sache thatsächlich gestaltet, ist jedem Praktiker bekannt. Es ist übrigens ziemlich naheliegend, dass irgend ein „ehrlicher Erwerb" leicht und bequem vorgegeben werden kann. Zu allem Ueberfluss kommt noch dazu die bereits berührte leidige Frage des Zuständigkeitserwerbes im Wege der Verhaftung, die bei aufgegriffenen Zigeunern umso bedenklicher ist, als deren Zuständigkeit nur zu leicht nicht ermittelt werden kann, weil sie bekanntlich über alles, daher auch über Namen und Herkunft lügen und dabei noch an einer verwirrenden Namensgleichheit leiden. Daher die berechtigte Abneigung der Gemeinden Aufgreifungsort zu werden, wozu noch jene der Gerichte kam, Zigeuner längere Zeit in Haft zu haben. Begünstigung von Entweichungen durch Geld, gute Worte, Prügel und Offenlassen der Arrestthüren seitens der Gemeindeorgane bildete sich trotz jahrhundertelangem Bestand der gegentheiligen Vorschriften als überlieferte Uebung heraus. Es sei übrigens insoferne vorgegriffen, als erwähnt wird, dass für Niederösterreich und Böhmen in der Folge Statthaltereierlässe vom 2. März 1874, Z. 3607, und 20. Jänner 1875, Z. 925, ganz richtig anordneten, dass man Zigeuner, welche sich nicht documentarisch über ihre Heimatszuständigkeit in Oesterreich ausweisen können, einfach als Ausländer behandeln solle. Die entgegengesetzte Anschauung würde thatsächlich dazu führen, dass man auch Südseeinsulaner und Zulukaffern mangels Nachweises ihrer Zuständigkeit in der Aufgriffsgemeinde als zuständig erklären müsste. Woher sie kamen, dorthin müssen sie wieder gehen.

Als eitles Bemühen haben sich auch die Vorschriften erwiesen, welche die ansässig gewordenen Zigeuner sesshaft und culturfähig machen wollen. Das Ende vom Liede ist immer Musiklicenz und Kesselflicken — mit Bettel, Betrug und Diebstahl verbunden und einigen Tagen Arrest vergällt, über welche sich die Zigeuner mit des Dichters Worten „des Lebens ungemischte Freude ward keinem Irdischen zutheil" trösten hätten können, soferne sie poetisch veranlagt oder literarisch bewandert gewesen wären.

Die Behandlung des Ortsbettels hatte an Klarheit nichts gewonnen. Es fehlte an dem Ausbau der Armenpflege und deshalb

Digitized by Google

erwiesen sich alle Massregeln gegen den Bettel wie bisher theils als halb, theils als hart. Lentner (Bettelunfug und Bettelbetrug), welcher die geschichtliche Entwicklung der Frage nur flüchtig streift, spricht sich über die sociale Seite gleich zu Anfang seiner beachtenswerthen Schrift sehr eingehend aus. „Nur Denkflachheit kann glauben, dass an solchen Umständen durch den Ausrottungskrieg gegen Bettelei allein auf die Dauer etwas gebessert werde. Die Armuth hat einen Freibrief, dessen nur die Roheit nicht achtet. Wer vom Schicksal zu Boden gestreckt wird, bedarf zunächst einer Hand, die ihn aufrichtet, nicht einer solchen, die ihn züchtigt. Bei keiner Art von Delicten ist vielleicht die Individualisirung, die gewissenhafte Unterscheidung zwischen solchen Personen, die aus Krankheit, Familienunglück, Ueberarbeitung erwerbsunfähig geworden sind, und solchen, die aus Unlust zum Erwerbe, aus Arbeitsscheu, aus Hang zum Genussleben, ohne auferlegten Zwang einen ordentlichen Lebenswandel niemals führen werden, wichtiger als beim Bettelvergehen" (S. 4). Diese Worte finden ihre zwingende Beleuchtung durch die Geschichte der Bettelmassregeln. Doch gehen wir in der Darstellung derselben weiter.

Vom Bettelbetrug und dem Bettel der Kinder abgesehen, mussten die gewöhnlichen Bettler, bis sie für die Bestimmungen des Strafgesetzes reif wurden, erst die Stufenleiter polizeilicher Beanständung und Bestrafung durchmachen.

Für die polizeiliche Beanständung gab der §. 28 der später anzuführenden Zwangsarbeitshaus-Directive vom 15. Juni 1811 eine Begriffsbestimmung des Bettels. Bettler sei derjenige, welcher an einem öffentlichen Orte oder in Privathäusern jemanden ausdrücklich oder durch Geberden um ein Almosen anspricht und dadurch die Absicht, Geschenke zu erhalten, deutlich an den Tag legt. Eine Instruction vom 6. Mai 1852 der Wiener Stadthauptmannschaft für die polizeiliche Behandlung der Bettler enthält ein förmliches Strafverfahren mit Beweislehre und ein Bettlerpolizeistrafrecht mit Begriffsbestimmungen und Strafen (Arrest von 12 bis 24 Stunden, allenfalls Verdopplung, bis die Bestrafung wegen Gewohnheitsbettel nach dem Strafgesetze reif ist). Die Kampfmittel waren Abschiebung fremder Bettler, Notionirung arbeitsscheuer einheimischer, Abstellung kriegsdiensttauglicher, Bestrafung arbeitsunfähiger nach vorheriger Warnung und Veranlassung allfällig fehlender oder ungenügender Versorgung. Nöthigenfalls konnten solche Bettler zwangsweise in ein Armenhaus geschafft und ihnen dort der „Ausgang" verwehrt werden. Der Beweis wurde durch die Aussage zweier Zeugen hergestellt, sonstige Beweismittel waren frühere Ueberweisung wegen Bettels, Mangel des Nachweises von Erwerb und Unterhaltsmitteln, Besitz einer unverhältnissmässigen Menge kleinster Scheidemünze, Gehen von einem Kaufladen zum anderen ohne Einkäufe oder Geschäfte zu besorgen, bestimmungsloses Herumtreiben im Innern eines Hauses, auf Stiegen oder vor Wohnungsthüren, kniende oder bittende Stellung auf

Digitized by Google

der Strasse oder an gangbaren Orten, Beten an nicht zur Andacht bestimmten Orten, Absingen von Liedern, Aufsagen oder Lesen von Gebeten oder Evangelien in Haushöfen.

Dem gegenüber fällt der Fortbestand des concessionirten Bettels auf. Die Noth der Verhältnisse hatte denselben im Gefolge. Bettelmusikanten wurden in Wien seitens der Polizeidirection mit Licenzen betheilt (9. Mai 1821 und 10. Jänner 1823) und es waren ihnen nur aus Gründen der Sittlichkeit und Ordnung gewisse Beschränkungen auferlegt (21. Jänner 1821). Ueberschreitung dieser Beschränkungen war mit Polizeistrafe und Verlust der Licenz bedroht, unbefugtes Bettelmusikantenthum von vornherein zu beanständen (3. Juni 1820). Die Licenzen waren an die Bedingung der Erwerbsunfähigkeit geknüpft — andererseits aber wieder Krüppel, Blinde, Invaliden davon ausgeschlossen und an die Armenversorgung gewiesen (21. Jänner 1821, 14. September 1821). Für das Land bestanden ähnliche Vorschriften (13. Juni 1823), nach Schaffung der Bezirksämter stand diesen regelmässig die Bewilligung zu (Statthaltereierlässe für Böhmen vom 17. März 1856, Z. 2240, 10. Februar 1857, Z. 1634). Daneben gab es um dieselbe Zeit verschärfte Anordnungen gegen das Bettlerunwesen, insbesonders auf öffentlichen Orten und in Häusern (Pat. 7. December 1767, Verordnungen vom 30. Jänner 1825, 8. August 1807, 5. October 1814, 14. November 1820 u. a. m.). Auch für die Bettler war bisher in letzter Linie das Zwangsarbeitshaus bestimmt (H. D. v. 14. Februar 1805, 22. November 1844 u. a.). Ausstellung von Bettlerpässen war untersagt (16. Juli 1805) und mit Ahndung bedroht (28. December 1833 für Böhmen), aber trotzdem üblich; für Einbringung von Bettlern war eine Taglia von 4 kr. C. M. festgesetzt (6. März 1823). Das oberösterreichische Regierungdecret vom 16. November 1833 sicherte eine Belohnung von 6 kr. C. M. zu und daher der überlieferte Schimpfname „Sechserlbub" für Wachorgane. Dieses Decret enthält ausführliche Vorschriften, welche den Zwiespalt zwischen Armenwesen und Bettlerunwesen der damaligen Zeit erkennen lassen. Es sei mit Sorgfalt darauf zu sehen, dass jeder wahrhaft erwerbsunfähige oder erwerbslose Arme in der dazu berufenen Pfarrgemeinde von Seite des Armeninstitutes den nothwendigen Unterhalt entweder im Gelde oder in Naturalverpflegung, besonders durch wechselweise Umlegung (Einlegerthum) erhalte. Dann folgen die Bestimmungen gegen den Bettel. Die Seelsorger werden in Anspruch genommen von der Kanzel „durch ergreifende Reden auf die Schädlichkeit des Bettelns aufmerksam zu machen", die Schullehrer haben die Kinder darüber zu belehren, Warnungstafeln sind anzuschlagen, eigens bestellte Bettelvögte, Polizeileute und Ortsvorstände, aber auch andere öffentliche Organe, wie Grenz- und Gefällsaufsichtspersonen, Strassenräumer und Postknechte wurden angewiesen, Bettler aufzugreifen, ihnen allen war die Möglichkeit der Taglia von 6 kr. C. M. eröffnet. Den sich vom Bettel ernährenden einheimischen Heiratsbewerbern war der Eheconsens zu versagen (Hofkanzleidecret vom 26. Februar

Digitized by Google

1815). Gegen das Betteln von wirklichen oder angeblichen Invaliden richtete sich das Hofkanzleidecret vom 5. October 1814 und 11. September 1816.

Wenn irgendwo, so ist angesichts dieser sich durch Jahrhunderte fortspinnenden Vorschriften bis zu dem stets wiederkehrenden Wundermittel des Eheconsenses das Dichterwort am Platz: „Es erben sich Gesetz und Recht wie eine ew'ge Krankheit fort.“ Wie einst die Feudalherrschaften theils aus Selbstsucht, theils aus Unvermögen ihren Verpflichtungen gegenüber den erwerbsunfähig gewordenen Unterthanen nicht nachkamen, so hatten die Gemeinden nun die Erbschaft nach allen Richtungen *sine beneficio inventarii* angetreten. Sie hatten vor allem mit einem Heer Versorgungsbedürftiger zu thun, die, sei es als Soldaten, sei es als Handwerker oder Arbeiter, ihre Arbeitskraft in der Fremde mit oder ohne Verschulden eingebüsst hatten, und waren weder stark genug, noch auch willens, diese Last zu tragen. Es gibt keine Statistik der Kriegskosten gegen die Arbeitsscheu, aber vielleicht ist die Behauptung nicht allzu gewagt, dass die Unsumme erfolgloser Massregeln gegen ihre Aeusserungen, die unmittelbaren Schäden, welche sie anrichtete, mehr kosteten, als zielbewusste und gründliche Vorbeugungsmassregeln und eine geordnete Armenpflege gekostet hätten.

Ich verlasse dieses Gebiet und schreite zur Besprechung zweier Einrichtungen, welche vorwiegend der Bekämpfung der Arbeitsscheu dienten und deren Ursprung weit zurückreicht. Es sind dies die Polizeiaufsicht und die Arbeitshäuser.

(Fortsetzung folgt.)

Digitized by Google

Literatur.

48a. Der Besitz.

Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung. Von Wolfg. Stintzing. Erster Theil: Der Sachbesitz. Erstes Buch: Wesen desselben. München, Th. Ackermann, 1889. 155 S., 8°. M. (Heft 1.) Zweites Buch: Das Recht des (Sach-) Besitzes. *A.* Bedeutung der *naturalis possessio.* Ebenda. 1895, 60 S., 8°. 1 M. 20 Pf. (Heft 2.)

48b. Zur Besitzlehre.

Kritische Streifzüge von Wolfgang Stintzing. Ebenda 1892. 143 S., 8°. 3 M.

Schon seit mehr als zwölf Jahren setzt Verf. seine Kraft an das Besitzproblem; die Ergebnisse seiner Studien hat er nach und nach in verschiedenen kleinen Abtheilungen veröffentlicht.

Wie wir aus dem oben angeführten zweiten Hefte des „Besitzes" S. 44, Nr. 2 erfahren, begann er im Jahre 1885 eine Arbeit, die er zwei Jahre darauf vollendete und der Leipziger Juristenfacultät als Doctor-Dissertation vorlegte. Sie behandelte eine specifisch rechtsgeschichtliche Seite der römischen Besitzlehre, nämlich die alten Possessionen am *ager publicus.* Die Grundgedanken dieser, wie es scheint, bisher ungedruckten Abhandlung hat Verf. im wesentlichen in dem genannten zweiten Hefte gelegentlich der Erörterungen über Occupation wiederholt. Darnach war der *ager publicus* ursprünglich eine *res omnium communis,* Wildland, das zwar dem freien Zugriffe eines jeden Bürgers offen stand, das aber doch nur capitalkräftige Leute in Bebauung nehmen konnten, weil es eben erst culturfähig gemacht werden musste und daher für den Occupanten zunächst nur als Deficit in Betracht kam. Erst später liess die Noth des Proletariats eine mit der geschichtlichen Entwicklung nicht im Einklange stehende, revolutionäre Theorie entstehen, nach welcher der *ager publicus* Eigenthum des *populus Romanus* sei, während der Staat in Wahr-

Digitized by Google

heit nur etwa ein Hoheitsrecht an den unbebauten Strecken Landes gehabt hat. Die praktische Folge dieser Theorie war die, dass die ererbten Possessionen als widerrechtlich angemasster Besitz betrachtet wurden, und dass man nunmehr auf dem Wege der Gesetzgebung eine Neuregelung anstrebte und zum Theil auch durchführte. Ich erwähne diese den Rechtshistoriker interessirende Ansicht nur beiläufig.

Zwei Jahre nach der Fertigstellung der erwähnten Dissertation erschien das oben angezeigte erste Heft, welches das Wesen des Sachbesitzes im unmittelbarsten Anschluss an die römischen Quellen zu ergründen suchte. Verf. stellt sich hier in schroffen Gegensatz nicht nur zur Savigny'schen Lehre, sondern zugleich zu allen Theorien, die bisher in der Literatur vertreten sind. Während alle Schriftsteller in dem einen Punkte einig sind, dass der Besitz eine Beziehung der Person zur Sache sei, sieht Stintzing gerade in dieser Auffassung die Quelle aller Irrthümer und Missverständnisse und lehrt seinerseits, dass der Besitz etwas blos Negatives sei, nämlich eine thatsächliche Verbotsgewalt des Besitzers gegenüber den Mitmenschen, kurz eine Beziehung der Person zur Person.

Der quellenmässigen Begründung dieser neuen Lehre ist das erste Heft des „Besitzes" gewidmet. Verf. fühlte aber das Bedürfniss, auf der Grundlage seiner aus den Quellen gewonnenen Anschauung und zur Ergänzung seiner Beweisführung sich mit den Ansichten der namhaftesten Besitzschriftsteller auseinanderzusetzen, und so entstand im Jahre 1892 eine neue, selbständige Schrift, betitelt: „Zur Besitzlehre. Kritische Streifzüge." Hiebei mag erwähnt werden, dass ein Anhang zum zweiten Hefte des „Besitzes" eine Kritik der 4. Auflage des Randa'schen Buches vom Besitze enthält. Mit diesem zweiten, 1895 erschienenen dünnen Heftchen setzt Verf. sein Hauptwerk fort; weiteres ist bis jetzt nicht erschienen. Die Lehre vom Sachbesitz dürfte noch nicht abgeschlossen sein; es fehlt noch die *civilis possessio* und vielleicht manches andere. Der zu erwartende zweite Theil des Werkes wird sich vermuthlich mit dem Rechtsbesitz beschäftigen, der dritte sicher mit dem „Besitz an geistigen Gütern" (Zur Besitzlehre, S. 43).

Meine Stellungnahme zu der Grundansicht des Verf. kann ich kurz präcisiren. Er betont fortwährend, dass sie allein mit den Quellen in Einklang steht. Das ist nichts Besonderes; ist doch jeder Schriftsteller überzeugt, dass er die quellenmässige Lehre darstellt, wenn er nicht etwa bewusst abweichen will. Fragt sich nur, ob Verf. das Princip richtig aus den Quellen herausgefunden und entwickelt hat, beziehungsweise ob seine Folgerungen aus feststehenden oder von ihm festgestellten Sätzen ein wirkliches Princip ergeben. Das vermag ich aber nicht anzuerkennen. Ich greife den bestrittensten und dunkelsten Punkt des römischen Besitzrechtes heraus. Pfandgläubiger und Sequester besitzen nach römischem Recht zweifellos; Verf's. Folgerung, dass beide deswegen besitzen, weil sie

Digitized by Google

den Entschluss gefasst haben, fremde Verfügung auszuschliessen, und weil sie diesen Entschluss durchführen (Der Besitz, Heft 2, S. 9), mag zunächst annehmbar erscheinen. Miether und Pächter besitzen nicht; und nun kommt der springende Punkt: warum sprechen ihnen die Römer den Besitz ab? Stintzing sagt ebenda: „Wer vertragsmässig die Sache nützt, ist *in possessione*, nicht in seinem eigenen Besitzgebiet, sondern in dem des Vertrags-Gegners.“ Das ist nichts neues; der Satz wiederholt nur mit anderen Worten die einfache Thatsache, dass die vertragsmässigen Sachnutzer nicht besitzen. Wir fragen daher noch einmal: warum besitzen sie nicht? Darauf erhalten wir bald hernach die Antwort: „Erklärt jemand, Miether, Pächter, Commodatar zu sein, so liegt darin die Erklärung, dass er sich (bildlich ausgedrückt) in fremdem Besitze aufhalte; er verweist eben dadurch auf den eigentlichen Besitzer.“ Das ist aber keine Lösung des Problems. Warum soll der Pfandgläubiger nicht ebenso empfinden, dass er sich in fremdem Besitze aufhalte? Und umgekehrt, weshalb soll der Pächter nicht auch den Entschluss fassen, jede fremde Verfügung über die Sache auszuschliessen? Was hat ein Fremder und was der Hauswirth selbst (von bestimmten positiven Ausnahmen abgesehen) in der von mir gemietheten Villa zu suchen? Ich will dessen Verfügung gewiss ebenso ausschliessen wie eine fremde. Es zeigt sich also, dass Verf. mit seinen angeblichen Abstractionen aus den Quellen in Wahrheit die feststehende Thatsache, dass der Pfandgläubiger besitzt, der Miether nicht, keineswegs erklärt; was er als Folgerung hinstellt, ist nichts weiter als *petitio principii*. Unter Besitz versteht Verf. die Ausschlussgewalt gegenüber dritten; diesen Begriff entnimmt er nicht den Quellen, sondern umgekehrt, mit ihm tritt er an sie heran, und da macht sich ja denn die Sache einfach. Der Pfandgläubiger besitzt, sagen die Quellen; folglich hat er die Ausschlussgewalt, argumentirt Verf.; der Miether besitzt nicht, also hat er diese Ausschlussgewalt nicht. Das sieht aus wie ein Princip, ist aber keines; über das Warum sind wir noch immer nicht im klaren. Verf. ist nicht der einzige, dem es so bei der Suche nach dem Princip der *possessio* ergangen ist. Vermond, *Théorie générale de la possession en droit romain, Paris 1895*, glaubte auch eine Theorie entwickelt zu haben, die genau den Quellen entspricht. Das letztere ist auch unzweifelhaft richtig; aber von einer wirklichen Theorie ist er in demselben Masse entfernt, als die Besitzlehre der Römer Schwierigkeiten macht, d. h. er ist über die Casuistik nicht hinausgekommen (s. meine Anzeige des Werkes in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung, XVII, S. 346 f.). Stintzing setzt besitzen gleich: Ausschlussgewalt haben; aber ich bin dadurch nicht klüger geworden, weil ich immer wieder fragen muss, warum die Römer dem Miether nicht dieselbe Ausschlussgewalt zugestanden haben wie dem Pfandgläubiger.

Digitized by Google

Auf einen zweiten Punkt haben schon andere hingewiesen. Die Consequenz der Ansicht, dass der Besitz etwas rein Negatives sei, wäre die, dass auch das Eigenthum eine blosse Negative, ohne positiven Inhalt sei. So wirklich Verf. im zweiten Hefte seines Besitzes S. 50. Das müsste denn weiterhin für jedes dingliche Recht gelten. Auf Zustimmung wird er hier schlechterdings nicht rechnen dürfen; aber ich meine, auch nicht auf Widerlegung.

Ueberhaupt ist seine Grundansicht nicht darnach angethan, dass man auf Einzelheiten eingehen könnte. Dazu kommt, dass das Studium seiner Schriften nicht leicht ist. Nicht nur, dass er vielfach vom Thema abspringt, zumal wenn man die vielen Anmerkungen mitberücksichtigt; er lässt den Leser auch häufig im Dunkeln, wohin seine Erörterungen zielen. Muss ich mich unter so widrigen Umständen von ihm über die Lehre der Quellen vom Besitze unterrichten lassen, so ziehe ich es vor, die Quellen selbst zu studiren. Auch nach einer anderen Richtung erschwert er das Verständniss seiner Schriften und dämpft er die Lust, sich in sie zu vertiefen. In Heft 1, S. 5 ff. behandelt er die *naturalis possessio*. In seinen Kritischen Streifzügen S. 138 bekennt er, dass jene Darstellung an einer unzweifelhaften Duplicität leidet, die erst bei der Correctur der Druckbogen hineingekommen ist; aber er fügt hinzu, dass er in der letzteren Schrift alles klargestellt habe. Nun kommt das zweite Heft des Besitzes, welches in seinem ganzen Umfange wieder die *naturalis possessio* erörtert. Hat die Klarstellung nicht genügt? Oder werden wir wieder eines Besseren belehrt? Die eine wie die andere Aussicht ermuthigt nicht gerade zur Lectüre. An Berichtigungen lässt es Verf. auch sonst nicht fehlen. Dass sie den Kernpunkt seiner Lehre unberührt lassen, ist glaubhaft; Irrthümer offen einzugestehen, um sie wieder gut zu machen, gewiss anerkennenswerth; aber immerhin, wo bleibt da der Leser?

Und woher diese Unzuträglichkeiten, unter deren Einflusse Verf. vielleicht ebenso zu kurz kommt wie der Leser? Dass er die schwierige Besitzlehre nicht im Zusammenhange bis ins Einzelne und Letzte durchgearbeitet und im Zusammenhange veröffentlicht hat. Wie das enden wird, kann Verf. selbst nicht wissen, wenn er stückweise arbeitet. Hoffen wir, dass, wenn das Ganze vorliegt, wir unser Urtheil in manchem modificiren können!

Leipzig. Dr. Hugo Krüger.

---

49. Die Lehre vom Miteigenthum nach römischem Rechte.

Von Wilhelm v. Seeler, Professor an der Universität Charkow. Halle, Max Niemeyer, 1896. 169 S. 8°.

Die Feststellung der Rechtsbeziehungen der Miteigenthümer zueinander hat der Theorie bisher die grössten Schwierigkeiten gemacht.

Digitized by Google

Wie verhält sich das unstreitig bestehende Recht des einzelnen Miteigenthümers auf Besitz, Genuss und Verwaltung der gemeinsamen Sache zu dem ebenso zweifellosen unbedingten *jus prohibendi* der übrigen Miteigenthümer? Die Frage ist oft gestellt und beantwortet, aber noch nicht gelöst worden. Mit Recht hat sie Verf. in den Vordergrund gerückt, indem er mit ihrer Untersuchung seine systematische Darstellung beginnt, sich dabei aber zunächst auf den Fall des Miteigenthums an Immobilien beschränkt, welcher zweifellos der wichtigste ist. Die Lösung, die v. Seeler gibt, ist nach meinem Urtheile nicht eine blosse Vermehrung der bereits geäusserten, unter sich abweichenden Ansichten um eine neue, mehr oder weniger gut begründete Meinung, sondern eine das Problem endlich beseitigende, definitive Lösung; kein Versuch, sondern ein vollendeter Abschluss. Verf. unterscheidet scharf und grundsätzlich zwischen denjenigen Befugnissen des einzelnen Miteigenthümers, die unmittelbar aus seinem dinglichen Rechte hervorgehen, und denjenigen Rechten, welche sich auf die *obligatio ex communione* gründen und sich daher als reine Forderungsrechte darstellen. Welche Befugnisse gehören nun zu der einen, welche zu der anderen Gruppe? Unmittelbar aus dem dinglichen Rechte fliesst, so lautet die Antwort des Verf., nur das Recht der Selbsthilfe und das Recht auf die possessorischen Interdicte; beide Rechte dienen dem Miteigenthümer nur zum Schutze seines *jus prohibendi* und zum Schutze derjenigen Handlungen, die vom Verf. reine Besitzhandlungen genannt werden. Darunter versteht er solche Handlungen, welche ausschliesslich die thatsächliche Beherrschung der gemeinsamen Sache ermöglichen, sichern und aufrecht erhalten, ohne dass in ihnen ein Act der Verfügung oder Nutzung liegt, wohin z. B. das Betreten des gemeinsamen Grundstückes u. dgl. gehört. Das Recht dagegen, die gemeinsame Sache zu benutzen und überhaupt über sie zu verfügen, ist den übrigen Miteigenthümern gegenüber lediglich ein obligatorisches Recht, und es kann als solches gegen diese ausschliesslich mit der *actio communi dividundo*, die ja anerkanntermassen nicht blos auf Aufhebung der Gemeinschaft geht, geltend gemacht werden. Dingliches Recht, Recht der Selbsthilfe, unbedingtes Verbietungsrecht und possessorische Interdicte auf der einen Seite gehören ebenso zusammen, wie auf der anderen Seite obligatorisches Recht, Recht auf Benutzung und Verwaltung der gemeinsamen Sache und *actio communi dividundo*. Das sind zwei Gegensätze, die sich zwar nicht absolut ausschliessen, insofern der *socius prohibens* unter gewissen Voraussetzungen sich nach freier Wahl des *interdictum uti possidetis* oder der *actio communi dividundo* bedienen kann (s. einstweilen Verf., S. 30); das heisst also, dass die aus dem dinglichen Rechte fliessenden Befugnisse unter Umständen auch mit demjenigen Rechtsmittel geltend gemacht werden können, welches regelmässig zur Durchsetzung der obligatorischen Befugnisse dient. Aber der oben aufgestellte Gegensatz ist doch insoweit ein vollkommener, ausschliessender, als die aus der *communio* hervorgehenden

Digitized by Google

Forderungsrechte, also das Recht, die gemeinsame Sache zu benutzen und zu verwalten, niemals und unter keinen Umständen im Interdictenprocesse zur Sprache gebracht und entschieden werden können; für diese ist die *actio communi dividundo* das einzig gegebene Rechtsmittel. Das (dingliche) *jus prohibendi* führt regelrecht zum Interdict, ausnahmsweise zur *actio communi dividundo*; das (obligatorische) Recht, die Sache zu nutzen und über sie zu verfügen, einzig und allein zur *actio communi dividundo*.

Dies die grundlegende Ansicht des Verf.; sie empfiehlt sich durch ihre Klarheit und Einfachheit und entspricht auch, das hat Verf. im einzelnen sehr überzeugend dargethan, den praktischen Bedürfnissen. Bleibt nur noch die eine Frage übrig: Hält Verfs. Anschauung den Quellen Stand? Es ist vor allem eine Stelle Ulpian's, Dig. 10, 3, 12, welche ihr zu widersprechen scheint, und Verf. hat sich dementsprechend mit ihr sehr eingehend beschäftigt und grosse Mühe und Sorgfalt darauf verwandt, den scheinbaren Widerspruch, in welchen sie zu seiner Lehre tritt, zu beseitigen. Sie lautet: *Si aedes communes sint aut paries communis et eum reficere vel demolire vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.* Es lässt sich nicht leugnen, dass die einfachste und nächst liegende Erklärung die ist, dass beide genannte Rechtsmittel gleich zuständig sind, wenn es sich darum handelt, den Widerstand des einen Miteigenthümers gegen die von dem anderen über die gemeinsame Sache getroffene Verfügung zu brechen, und daher findet sich diese Auslegung auch bei namhaften Schriftstellern. Wäre sie richtig, so ergäbe sich daraus nothwendig und ohneweiters die Unrichtigkeit der Lehre v. Seeler's. Denn der Ausspruch Ulpian's stellte fest, dass der Miteigenthümer eine nothwendige Verfügung über die Sache mittels des Interdicts erzwingen könnte, während nach dem Verf. ein obligatorischer Anspruch vorläge, der gerade nicht auf dem Wege des Interdicts, sondern lediglich mittels der *actio communi dividundo* einklagbar wäre. Aber schon vor v. Seeler haben andere Schriftsteller die Stelle anders verstehen zu müssen geglaubt. Witte (s. Verf., S. 18) nimmt einen Subjectwechsel innerhalb der gestellten Alternative an, indem er die *actio communi dividundo* auf den *socius prohibitus* (wie ihn v. Seeler kurz und doch deutlich genug nennt) bezieht, das Interdict aber den *socius prohibens* anstellen lässt für den Fall, dass der *socius prohibitus* seinen Widerspruch unbeachtet lässt und mit der eigenmächtigen Ausführung der untersagten Verwaltungsmassregel beginnt. Dieser Erklärungsversuch passt vollkommen zu der Lehre unseres Verf., und daher schliesst er sich auch Witte's Ansicht an, bemerkt aber doch auf S. 29 ausdrücklich, fast möchte ich sagen: unparteiischer als nöthig, dass die Stelle nicht geeignet ist, eine klare und unzweideutige Entscheidung des Streitpunktes ihr zu entnehmen. Den Grund dafür, dass sich Ulpian so wenig bestimmt über die Abgrenzung

Digitized by Google

der beiden Rechtsmittel ausspricht, sucht Verf. darin, dass der Jurist die uns interessirende Frage *ex professo* gar nicht behandele, sondern untersuchen wolle, ob zwischen Mitbesitzern die *operis novi nuntiatio* statthaben könne. Er verneint die Frage, weil die Mitbesitzer nur auf das Interdict oder auf die *actio communi dividundo* angewiesen seien. Bei diesem allgemeinen, hier ausreichenden Bescheide habe er keine Veranlassung gehabt, die Voraussetzungen beider Klagen im einzelnen und erschöpfend anzugeben. Der Grund lässt sich hören; er ist nicht etwa gesucht, sondern findet in Lenel's Palingenesie eine gute Stütze. Verf. ist also gewiss zu dem Ausspruche berechtigt, dass sich die Stelle ohne Zwang mit seinem Principe in Einklang bringen lässt.

Aber die Gegner werden sich bei diesem mehr negativen Resultate nicht für besiegt erklären wollen. In richtiger Erkenntniss dessen sieht sich Verf. noch nach anderen Hilfsmitteln um und untersucht er deshalb das Fragment nach der sprachlichen Seite, was methodisch durchaus richtig ist. Er findet nun den Gebrauch der Partikel „*aut*" beachtenswerth. Bekanntlich ist „*aut*" mit „*vel*" keineswegs gleichbedeutend. Mit „*aut*" werden der Regel nach zwei sich ausschliessende Begriffe gegenübergestellt, während mit „*vel*" zwei überhaupt oder doch nach dem Zusammenhange der Rede nicht wesentlich verschiedene Begriffe verbunden werden. Wendet man diesen sprachlichen Unterschied auf die Ulpian-Stelle an, so ergibt sich für die Worte im Anfange: *aut paries*, dass für „*aut*" eher „*vel*" zu erwarten wäre. Die Abweichung von der Regel motivirt Verf. damit, dass der Jurist in der Darstellung des Thatbestandes nicht so genau auf die Wahl der Worte geachtet habe. Am Schlusse der Stelle dagegen, wo es sich um die *verba decisiva* handelte, sei das Wort „*aut*" sicherlich von Ulpian mit vollem Bewusstsein und unter genauer Beobachtung des Sprachgebrauches gesetzt worden; daher könne er nicht beide Klagen als gleich zuständig hingestellt haben. Diese Erwägung des Verf. beruht auf solider Grundlage; dass sie ausreiche, um seine Erklärung der Stelle ausser Zweifel zu setzen, behauptet er nicht unbedingt. Ich glaube aber, dass Verf. wenigstens auf dem richtigen Wege war, der Stelle beizukommen. Nach meiner Meinung haben die Compilatoren zwei Fälle, welche Ulpian getrennt und nacheinander besprochen hatte, in der Darstellung des Thatbestandes zusammengezogen und in Verfolg dessen auch die verschiedenen Entscheidungen, die Ulpian für die beiden gesonderten Fälle gegeben hatte, zu einer einzigen verschmolzen, worin also eine bewusste Aenderung des Rechtes selbst läge. Ulpian dürfte etwa geschrieben haben: *Si aedes communes sint et eas reficere ... opus sit, communi dividundo judicio erit agendum; si paries communis sit et eum reficere ..... opus sit, communi dividundo judicio aut interdicto uti possidetis experimur.* Wenn wir so den Ausspruch Ulpian's zerlegen und zurechtlegen, dann sind die beiden oben angenommenen Entscheidungen durchaus in der Ordnung, auch und gerade nach Verf's.

Digitized by Google

Ansicht. Wir erhalten alsdann für das Forderungsrecht des verfügenden Miteigenthümers als Regel ausschliesslich die *actio communi dividundo*. Eine Ausnahme tritt nur ein bezüglich der gemeinsamen Wand, weil hier die Verhältnisse besonders liegen. Verf. selbst hat die Gründe hiefür sehr gut entwickelt und ist demgemäss mit vollem Rechte dafür eingetreten, dass in diesem einen Falle besondere Regeln platzgreifen (S. 45 ff.). Ich verweise auf seine eigene, wohldurchdachte und gelungene Erörterung dieses Punktes; er hat hier nach meinem Dafürhalten ebenfalls reinen Tisch gemacht. Dadurch wird das oben von mir angenommene Einschachtelungsverfahren Tribonian's sehr wahrscheinlich gemacht; dass es auch sonst schon öfters beobachtet und herausgefunden ist, brauche ich wohl nicht zu erwähnen. Auch fehlt es unserer Ulpian-Stelle nicht an greifbaren äusseren Anzeichen für die behauptete Zusammenziehung. Aus einem Gusse ist sie nicht: *si aedes communes sint aut paries communis* wird schwerlich ein Schriftsteller in zusammenhängender Rede sagen; man erwartet: *si paries aut aedes communes sint* o. dgl., aber jedenfalls nur ein einmaliges *communis*. Und die Entscheidung selbst, die so viel Noth macht, dürfte auch nicht aus einer Feder geflossen oder doch nicht in einem Federzuge niedergeschrieben sein; Verf., S. 31, bemerkt ganz richtig, dass sich Ulpian wohl einfacher ausgedrückt hätte: *communi dividundo judicio vel* (nicht *aut*) *interdicto uti possidetis experimur*. Ich stimme also im Endergebniss mit dem Verf. überein: die besprochene Digestenstelle widerspricht seiner Grundansicht nicht. Andere Zeugnisse, die er namentlich anführt, bestätigen sie, und so muss sie als quellenmässig acceptirt werden.

Es soll noch ausdrücklich constatirt werden, dass Verfs. Lehre nicht an dem Fehler leidet, in den andere Autoren, deren Ansicht der seinigen nahe steht, verfallen sind. Nach diesen bleibt von dem dinglichen Rechte des Miteigenthümers wenig übrig, von seinem Besitze aber gar nichts, insofern sie annehmen, dass kein Mitbesitzer irgend eine Besitzhandlung ohne (ausdrückliche oder sogenannte schweigende) Genehmigung des anderen Mitbesitzers vornehmen dürfe. Das bedeutete denn allerdings, dass der Mitbesitz die Negation des Besitzes sei, dass das *jus prohibendi* sich als ein gegenseitiges Dejectionsrecht darstelle. Die Consequenz, die zweifellos *ad absurdum* führt, beweist die Unrichtigkeit solcher Meinung. Verf. lässt den Besitz bestehen, aber er beschränkt seine Wirkung auf das richtige Mass. Dass sich der Mitbesitzer auf Grund seines Besitzes im gemeinsamen Hause aufhalten, dass er es gegen Angriffe dritter schützen kann, auch ohne jede Genehmigung der Mitbesitzer, versteht sich von selbst, und Verf. hat keine üble Formulirung gefunden, wenn er derartige Besitzhandlungen „reine" nennt. Diese hängen mit dem Besitze so eng zusammen, dass sie von ihm sondern den Besitz überhaupt aufheben, illusorisch machen hiesse. Ganz anders aber steht es mit der Nutzung der gemeinsamen Sache. Verf. betont wiederholt, dass sie

Digitized by Google

kein wesentliches Merkmal des Besitzes ist, und gerade darin beruht der Irrthum der meisten Schriftsteller, dass sie Besitz und Nutzung als untrennbar behandelten. Während diese also nothwendig zu dem den Quellen gegenüber unhaltbaren und die grösste Verwirrung stiftenden Satze gelangen mussten, dass die Nutzung der Sache mit dem possessorischen Interdicte erzwungen werden könne, ist Verf. in der Lage, den Anspruch auf Nutzung als lediglich obligatorischen zu qualificiren, und schafft er auf diese Weise sofort Klarheit.

Ich verweilte absichtlich so lange bei diesem Punkte, weil er der Schwerpunkt der ganzen Arbeit des Verfs. ist. Die ersten 33 Seiten bestimmen den Werth des Werkes. Das Problem ist gelöst, und wir können nun mit mehr Ruhe die folgenden Capitel durchgehen.

Nehmen wir mit dem Verf. an, dass das Recht des Miteigenthümers, von seinem Gemeinschafter die Verfügung über die Sache, natürlich innerhalb der Grenzen der *bona fides*, zu verlangen, auf der *obligatio ex communione* beruht, so erhebt sich für einen aufmerksamen Beobachter, wie es Verf. ist, die bisher noch nicht berührte Frage, wie sich dazu die Constitution des Kaisers Marcus verhält, nach welcher ein Forderungsberechtigter, der seinen Anspruch gewaltsam durchzusetzen versucht, diesen zur Strafe verliert. Verf. erklärt den durch jenen Erlass geschaffenen Satz für im vorliegenden Falle gegenstands- und wirkungslos, weil die *communio* ein Zustand ist, aus dem die Forderungen täglich neu entspringen. In dem Augenblicke, in dem nach jener Constitution der obligatorische Anspruch untergehen müsste, erwüchse er doch sofort wieder neu aus der Zustandsobligation. Die Entscheidung des Verfs. scheint mir einwandfrei zu sein.

Die Regelung des Gebrauches und der Verwaltung der gemeinsamen Sache wird in der Praxis viele Schwierigkeiten machen. Das Dach eines gemeinsamen Hauses ist eingestürzt: soll es neu aufgebaut werden, wie der eine Gemeinschafter etwa will, oder soll das Haus ohne Dach bleiben, wie der andere meint, weil ihm die Reparatur nutzlos erscheint? Und wenn auch alle Gemeinschafter für die Reparatur sind, soll bei ihr mehr auf die Kostenersparniss oder mehr auf die Dauerhaftigkeit des neuen Daches gesehen werden? Man kann diese Fragen noch weiter ausspinnen. Wie hat hier der Richter zu entscheiden? Eine absolute Antwort lässt sich nicht geben. Der Richter kann einen Majoritätsbeschluss der *socii* herbeiführen. Aber das wird ihm nicht immer gelingen, und wenn die Gemeinschaft nur unter zweien besteht, ist er natürlich ausgeschlossen. Der Richter wird alsdann an die Aufhebung der Gemeinschaft denken; aber diese kann zur Zeit unthunlich sein. So muss denn der Richter mit seinem Spruche sonstwie eingreifen; er muss den Gebrauch und die Verwaltung nach eigenem Ermessen regeln. Er kann z. B. jedem einzelnen der Gemeinschafter den Ususfruct an der ganzen Sache auf eine bestimmte Zeit und in einer bestimmten Reihenfolge zusprechen; er kann auch unter

Digitized by Google

Anwendung des *jussus judicis* die Parteien zwingen, obligatorische Verträge abzuschliessen, durch welche eine Regelung auf diese oder jene Art erzielt wird. Sind obligatorische Verträge, sei es auf Anregung des Richters, sei es aus freien Stücken, von den Parteien abgeschlossen, ist beispielsweise einem Miteigenthümer die ausschliessliche Benutzung der Sache auf Grund einer *locatio conductio* übertragen, so fragt es sich wieder: Wie verhält sich dessen Nutzungsrecht zum *jus prohibendi* der anderen? Nach Verf. dringt das letztere durch; der dingliche Anspruch geht dem obligatorischen vor. Aber im *judicium locati conducti* oder *communi dividundo* muss der vertragsmässige Nutzer der Sache siegen, weil der Richter sich einfach nach dem Vertrage richtet und damit der heiklen Untersuchung überhoben ist, welche Art des Gebrauches, beziehungsweise welcher Verfügungsact am zweckmässigsten, dem gemeinsamen Interesse am meisten entsprechend sei. Alle diese Fragen hat Verf. sachgemäss entschieden; es fällt angenehm auf, dass er sich nicht in blossen Abstractionen ergangen, sondern sich klar vor Augen gestellt hat, wie die Dinge sich in der Praxis gestalten. Das gibt seinen Entscheidungen einen festen Halt.

In einem besonderen Capitel untersucht Verf., welche verschiedene Klagen dem Miteigenthümer zum Schutze seines *jus prohibendi* zugebote stehen. Die von ihm gegebene Entwicklung zeichnet sich durch ihre Uebersichtlichkeit aus. Wir erfahren Folgendes. Die *actio communi dividundo* ist, wie bereits oben erwähnt worden, nur unter gewissen Voraussetzungen zuständig. Es genügt nämlich nicht die blosse Verletzung des formellen Verbietungsrechtes, sondern es muss auch zugleich die Verletzung einer aus der *obligatio ex communione* hervorgehenden Verbindlichkeit vorliegen. Ist letzteres nicht der Fall, so ist das für das *jus prohibendi* gegebene vornehmste Rechtsmittel das *interdictum uti possidetis*. Indem dasselbe die Eigenmacht verhindert, zwingt es zugleich die Gemeinschafter, sich über den Gebrauch und die Verwaltung der Sache gütlich zu einigen: eine unstreitig wohlthätige Wirkung dieses Rechtsmittels, in der sich seine gesetzespolitische Bedeutung offenbart. Aber es gibt doch Fälle, in denen es versagt; hier greift nun das *interdictum quod vi aut clam* ein, welches nicht prohibitorisch wie jenes, sondern restitutorisch ist und eventuell zum Schadenersatz verpflichtet. Ist freilich die Wiederherstellung des früheren Zustandes ebensowenig möglich, wie ein Vermögensschade nachweisbar, so soll nach dem Verf. die *actio injuriarum* im Ihering'schen Sinne aushelfen, was nicht unbedenklich ist. Grossen und berechtigten Zweifeln unterliegt auch die Frage, ob die *actio negatoria* unter Miteigenthümern zulässig sei. Verf. hält sie für die einzig mögliche Klage, wenn einer der Miteigenthümer sich ein Servitutrecht an der gemeinsamen Sache anmasst. Aber quellenmässig zu beweisen vermag er seine Ansicht nicht; vielmehr gewinnt er selbst den Eindruck, als ob die römischen Juristen einer präcisen Beant-

Digitized by Google

wortung der Frage geflissentlich aus dem Wege gegangen seien und sich mit den sonstigen Klagen begnügten. Und dabei werden wir am besten stehen bleiben, wenngleich dem Verf. zuzugeben ist, dass der Satz: *nemini res sua servit* kein absolutes Hinderniss bildet. Aber die *actio communi dividundo* regelt die Rechtsverhältnisse der Miteigenthümer überhaupt.

Bisher hat Verf. immer nur das Miteigenthum an Immobilien im Auge gehabt; die Miteigenthümer einer beweglichen Sache geniessen nach seinen Untersuchungen einen weit beschränkteren Schutz. Abgesehen davon erhebt sich noch eine andere Frage: Ob nämlich der Katalog der unter Miteigenthümern überhaupt zulässigen Klagen vollständig ist. Verf. hat sie nicht gestellt, bedauerlicherweise; ich hätte sie gern von ihm behandelt gesehen, und zwar im Zusammenhange. Man ist auch wohl berechtigt, ihre Erörterung in seiner anscheinend erschöpfenden Behandlung der Lehre vom Miteigenthum zu erwarten. Präjudicialklagen müssen wohl statthaft sein; die *exceptio quod praejudicium non fiat* wird von African, Dig. 44, 1, 18, erwähnt. Die *actio negotiorum gestorum* hat Verf. mehrmals gestreift; aber es gibt über sie gerade im Hinblick auf das Miteigenthum so viel Quellenstellen, dass eine eigene Erörterung nicht uninteressant wäre. Die *actio finium regundorum* ist regelmässig ausgeschlossen; aber viele Schriftsteller statuiren auch Ausnahmen von der Regel. *Actio pro socio, locati conducti* u. a. m. sind ebenfalls erwähnenswerth; desgleichen *actio legis Aquiliae, furti.* Vereinzelt steht da die *actio in factum* nach Dig. 10, 3, 6, 6. Gajus, Dig. 10, 3, 11 und andere Juristen erwähnen das *judicium communi dividundo utile.* Nicht zu vergessen endlich die *cautio damni infecti* und die *operis novi nuntiatio,* welche letztere Verf. allerdings gelegentlich erwähnt hat. Aber alle diese Klagen und Rechtsmittel vertragen sehr gut eine Behandlung *ex professo.* Hoffentlich erfahren wir später noch etwas von ihm hierüber.

In der Lehre von den Rechtsbeziehungen der Miteigenthümer untereinander steht nun noch eine wichtige Frage aus, die zugleich präjudiciell für die grundlegende Frage nach dem Wesen des Miteigenthums ist, nämlich die Lehre vom *jus accrescendi* unter den Miteigenthümern. Dieses Accrescenzrecht ist eigentlich nur für das classische Recht und nur für den einen Fall bezeugt, dass der eine von mehreren Miteigenthümern den gemeinschaftlichen Sclaven in der Weise manumittirt, dass, wenn er das Alleineigenthum an dem Sclaven hätte, letzterer *ex jure Quiritium* frei und also *civis Romanus* würde. Es steht für das classische Recht fest, dass der solchergestalt nur von dem einen Miteigenthümer freigelassene Sclave nicht frei wird, dass ferner der Freilasser jedes Recht am Sclaven verliert, und dass der dadurch freigewordene ideelle Antheil des *manumissor* am Sclaven den übrigen Miteigenthümern *jure accrescendi* zufällt. Dieser Fall gibt nun den Ausgangspunkt und die Grundlage für einen bedeutungs-

Digitized by Google

vollen Streit: Ist das *jus accrescendi* unter Miteigenthümern auf diesen einen Sonderfall beschränkt, stellt es sich also als eine ganz singuläre Erscheinung dar? Oder liegt ihm ein der Verallgemeinerung fähiges und bedürftiges Princip zugrunde? Von der Beantwortung der Frage hängt viel ab. Nimmt man ein allgemeines Accrescenzrecht an, so ergäbe sich daraus die Richtigkeit der Theorie von der Ungetheiltheit des Miteigenthumsrechtes, welche ja namhafte Vertreter, aber auch namhafte Gegner hat. Aber die Entscheidung der gestellten Frage hat auch praktische Bedeutung. Justinian hat die erwähnte Bestimmung des classischen Rechtes aufgehoben. Hält man nun den Fall des Accrescenzrechtes für singulär, so folgt daraus, dass nach Justinianischem und gemeinem Recht das Accrescenzrecht unter Miteigenthümern überhaupt in Wegfall gekommen ist. Entscheidet man anders, so bliebe das Accrescenzrecht als solches unberührt und fortdauernd giltig.

Verf. hat sich in diese Frage mit ausserordentlichem Fleisse und Eifer vertieft. Er stellt sich auf die Seite derjenigen, welche ein allgemeines Accrescenzrecht unter Miteigenthümern leugnen, und sucht nun mit einem grossen Aufgebot von Beweisgründen und Beweisstellen darzuthun, dass die gegentheilige Meinung direct quellenwidrig sei. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass ein Theil seiner Gründe ernstlich für seine Ansicht zu sprechen scheint, während andere freilich leichter widerlegt werden könnten. Aber ich muss bekennen: überzeugt bin ich nicht. Am meisten fällt zu Gunsten der Lehre des Verf. ins Gewicht die Art, wie Justinian an zwei Stellen (Cod. 7, 7, 1, 7 und Instit. 2, 7, 4) von dem Accrescenzrecht unter Miteigenthümern spricht. Beide Stellen erwecken den Eindruck, als ob dasselbe im classischen Rechte wirklich nur im Falle der Manumission gemeinsamer Sclaven bestanden habe, sonst nicht, und Verfs. Urtheil ist nicht übertrieben, wenn er sagt, dass es ganz unmöglich scheint, den Worten Justinian's einen anderen Sinn beizulegen. Und doch schwanke ich, weil Justinian's Darstellung, soweit es sich um früheres Recht handelt, nicht immer zuverlässig ist. Wir müssen uns also, um seinen Bericht controliren zu können, bemühen, aus den übrigen Quellen das classische Recht zu ermitteln. Das thut auch Verf. ausgiebig, und er hat einen umfassenden Indicienbeweis angetreten. Aber begreiflich ist hier der Boden viel weniger sicher, und ich könnte ihm Schritt für Schritt folgen, um die Beweiskraft seiner Gründe zu schwächen. Das ist natürlich an diesem Orte nicht möglich; vielleicht findet sich später die Gelegenheit dazu. Einstweilen muss die Thatsache anerkannt werden, dass die Gegner des Verfs. einen schweren Kampf mit ihm werden ausfechten müssen.

Die zweite Hauptabtheilung seines Werkes beschäftigt sich mit der rechtlichen Stellung des einzelnen Miteigenthümers nach aussen. Er betrachtet sie aus den verschiedensten Gesichtspunkten. Das Theileigenthumsrecht ist übertragbar; doch macht die Ausführung der

Digitized by Google

Alienation einige Schwierigkeiten. Der Schutz des Miteigenthums und des Mitbesitzes ist mannigfach: *vindicatio partis, interdictum uti possidetis* und *unde vi*. Weiter untersucht Verf. die Beziehungen des Miteigenthums zum Niessbrauch, zu den Grunddienstbarkeiten, zum Usus und zum Pfandrecht. Zum Schlusse kommen die heiklen Fragen nach der Haftung des Miteigenthümers auf Grund der *actio de peculio* und der *actio noxalis* zur Sprache. Ich muss mich mit dieser mageren Uebersicht begnügen. Die Fragen sind nicht so tiefgreifend, wie die des ersten Capitels, wenngleich auch aus ihrer Lösung ein Licht auf die Natur des Miteigenthums überhaupt fällt. Die Bahn, auf der sich diese Untersuchungen des Verfs. bewegen, ist nicht frei von Hindernissen; er sucht sie zu überwinden nicht durch kühne Sprünge, sondern durch bedächtiges Vorwärtsklimmen. An gewissenhafter Kleinarbeit steht jedenfalls dieser zweite Theil dem ersten nicht nach.

Die dritte Abtheilung: Die Aufhebung der Gemeinschaft, liess sich mit wenigen Worten abmachen; es könnte angesichts dieses Capitels auffallen, dass Verf. nicht auch das über die Entstehung der Gemeinschaft Bemerkenswerthe im Zusammenhange vorgetragen und damit sein Werk eingeleitet hat (vgl. etwa eine gelegentliche, hiehergehörige Bemerkung des Verfs. auf S. 82).

Ein Schlusswort sucht die Frage zu beantworten, was beim Miteigenthum getheilt sei, und was ungetheilt bleibe. Die Römer hätten als massgebend hingestellt den Umfang, in welchem der einzelne Mitberechtigte das Recht dritten gegenüber ausüben darf, und der ihm hiebei gewährte Rechtsschutz. Das Miteigenthum sei nach ihnen theilbar, weil der einzelne Miteigenthümer die *vindicatio partis* gegen dritte habe; die Theilbarkeit beruhe also auf positiver Rechtsvorschrift. Das Resultat des Verfs. berührt sich mit dem eines bekannten italienischen Rechtsgelehrten, dessen Werk ihm leider unbekannt geblieben ist: Gino Segrè, *Sulla natura della comproprietà (Estratto dalla Rivista italiana, vol. 6, fasc. 3* und *vol. 8, fasc. 2* und *3), Roma 1889*. Es wird Verf. auch nach einer anderen Richtung interessiren, dass nach Segrè die Quellen den Satz: *concursu partes fiunt* auf das Miteigenthum nicht anwenden.

Leipzig. **Dr. Hugo Krüger.**

---

50. Das pignus in causa judicati captum.

Eine civilistische Studie von Max Fleischmann. Breslau, W. Köbner, 1896. VII, 104 S. 8°.

Die ebenso fleissige wie gründliche Monographie, welche Verf. Felix Dahn gewidmet hat, bringt eine auf das rein römische Recht beschränkte, aber insoweit erschöpfende systematische Darstellung des im Titel genannten, noch heute die Grundlage des Zwangsvoll-

Digitized by Google

streckungsrechtes bildenden Institutes. Sie ist in der Hauptsache dogmatisch, nur in einer kurzen Einleitung wird ein geschichtlicher Ueberblick gegeben, aus dem hervorzuheben ist, dass nach Verfs. Ansicht das sogenannte *pignus judiciale* nicht an die *legis actio per pignoris capionem*, sondern unmittelbar an das sich unter anderm auch in der *pignoris capio* äussernde Coercitionsrecht des Magistrates anknüpft, und dass es seine gesetzliche Grundlage in einer Constitution des Kaisers Pius, die in Dig. 42, 1, 31 überliefert ist, erhalten hat.

Verfs. Werk ist bisher so ziemlich die einzige vollständige Bearbeitung der Lehre, und es ist um so beachtenswerther, als es die in der Literatur vorhandene Lücke in glücklichster Weise ausfüllt. Ruhig und sachgemäss entwickelt Fleischmann aus dem, wie ich glaube, gesammten, nicht gerade reichhaltigen Quellenmaterial die Grundzüge des Pfändungsrechtes; wo eine Frage in den Quellen selbst keine directe Beantwortung findet, versteht er es, unter Beobachtung der gebotenen Vorsicht aus dem Geiste des Institutes, aus allgemeingiltigen Vorschriften und mittels Analogieschlüsse die versagende Ueberlieferung zu ergänzen. So können wir mit seiner Leistung zufrieden sein. Wenn wir auch begreiflich nicht in der Lage sind, in allen Punkten dem Verf. unbedingt beizustimmen, so setzt doch der vereinzelte Widerspruch den Werth seiner Untersuchung im ganzen nicht herab, zumal es nur Dinge von mehr untergeordneter Bedeutung sind, über die wir nachher unsere abweichende Meinung zu äussern Gelegenheit nehmen werden.

Die Grundlage oder die Voraussetzung der Pfändung bildete, so führt Verf. aus, neben der *condemnatio* die gerichtliche *confessio*. Wie die erstere stets eine *pecuniaria* sein musste, so musste auch der *confessio*, wenn sie nicht auf *certa pecunia* ging, eine *actio confessoria* zwecks Feststellung des Umfanges der Execution folgen. Erst von dem Augenblicke an, wo der Geldbetrag der Schuld feststeht, beginnt der Lauf des *tempus judicati*, dessen gesetzliche Dauer mehrfach gewechselt hat, und welches trotz gesetzlicher Fixirung dennoch vom Magistrat nach billigem Ermessen sowohl verlängert als auch verkürzt werden konnte.

Die Execution lag in den Händen des Magistrats, also vor allem des Prätors und des Provinzialstatthalters. Zwar finden sich in den Quellen einige Zeugnisse, nach denen der „judex" die Executionsgewalt gehabt habe. Dass wir hiebei nicht an den Geschworenen denken dürfen, darin hat Verf. vollkommen recht; er meint, schon die Zeit der Severe verwende die Bezeichnung „judex" scrupellos für Verwaltungsbeamte. Mag sein; aber dass zu jener Zeit die Jurisdictionsmagistrate, und zudem von den Juristen, die wir uns doch auch als Verf. der Kaiserrescripte in Rechtssachen vorzustellen haben, *judices* genannt worden seien, muss starken Zweifeln begegnen. Drei der in Rede stehenden Zeugnisse gehören Ulpian's *libri de*

Digitized by Google

officio consulis an, denen übrigens auch die Hauptstelle über das *pignus in causa judicati captum*, das „Einführungsgesetz" des Kaisers Pius entstammt. Man hat daraus geschlossen, dass in jenen Fragmenten Justinian an die Stelle des ursprünglichen *consul* den *judex* gesetzt habe. Der Schluss liegt nahe genug; trotzdem wehrt sich Verf. eifrig gegen solche Annahme. Es ist ihm aber entgangen, dass bereits Gradenwitz in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung, Bd. VII (1886), S. 62, durch den Hinweis auf eine Anzahl von Stellen und unter Berufung auf bewährte Schriftsteller die obige Interpolation sehr wahrscheinlich gemacht hat. Ganz besonders sprechend ist Dig. 34, 1, 3; hier steht am Anfang *judices*, am Schlusse aber ist im Rescript des Pius das: *consules* erhalten. Der Consul hatte zur classischen Zeit in einzelnen Sachen die Cognition; kein Wunder daher, dass ihm auch die Vollstreckung gebührte. Indessen für den Zweck des Verfs. ist diese ganze Frage unwesentlich; genug, dass nach allgemeiner Uebereinstimmung die Executionsbefugniss nur der Magistrat, nicht der Geschworene hatte.

Die mit der Ausführung der Pfändung betrauten Beamten waren die *apparitores*. Sie mussten von der Pfändung abstehen, sobald die Schuld bestritten wurde oder ein Dritter Einspruch erhob; überhaupt war in Zweifelfällen sofort an den Magistrat Bericht zu erstatten, so dass dieser fortwährend über den Gang der Execution die Controle führte. Das hat Verf. treffend dargestellt, indem er die in Dig. 42, 1, 15, 2 erhaltene Pfändungsordnung zergliedert. Nach ihr sollen zuerst die Mobilien, darunter also auch die Sclaven, gepfändet und verkauft werden; reicht der Erlös zur Deckung der Forderung nicht aus, dann kommen die Grundstücke an die Reihe, und in letzter Linie erst werden die *jura*, namentlich die Forderungen gepfändet. Verfasser meint nun, dass der Executor für jeden neuen Abschnitt, der sich aus der Pfändungsordnung ergibt, einen neuen *jussus* des Magistrates einholen müsse. Diese Vorschrift würde allerdings die Controle desselben wesentlich erhöhen; aber sie geht doch nicht so klar aus der Pfändungsordnung hervor, wie es Verf. hinstellt. Es lässt sich ebensogut vorstellen, dass der Executor ein Generalmandat erhielt, welches ihn anwies, so lange in der Execution selbständig fortzufahren, bis die Schuld getilgt war. Das hat auch gar kein Bedenken. Erhob der Schuldner gegen eine Wiederholung der Pfändung keinen Einspruch, so war ein neuer *jussus* des Magistrates überflüssig, zwecklos; fühlte sich aber der Schuldner beschwert, so musste der Executor ohnehin die Execution unterbrechen und an den Magistrat berichten, abgesehen davon, dass es auch dem Gepfändeten selbst freigestanden haben muss, sich beschwerdeführend an den Magistrat zu wenden. Ich möchte mich also eher für die generelle Anweisung, deren Schema sich leicht aus der angeführten Digestenstelle herstellen lässt, entscheiden; blieb doch auch trotz ihrer der Magi-

Digitized by Google

strat der zum Eingriffe und zur Abänderung jeder Zeit berechtigte Leiter der Execution, in die er aber einzugreifen nur dann Anlass hatte, wenn man ihn anging.

Aus der besprochenen Pfändungsordnung ergibt sich, dass ein Gesammtvermögen nicht gepfändet werden durfte, was ja auch der *ratio legis* widerspräche, wie Verf. mit Recht hervorhebt. Er geht sodann die einzelnen Kategorien der Pfändungsobjecte durch, bespricht dabei die später erlassenen Kaisergesetze, welche gewisse Mobilien von der Pfändung ausnehmen, und verweilt danach besonders bei der Pfändung von Forderungen. Aus Ulpian's Worten in Dig. 42, 1, 15, 8: *„posse enim nomen jure pignoris capi imperator noster rescripsit"* schliesst er nämlich, dass erst Caracalla die Pfändbarkeit von Forderungen eingeführt, diese also zur Zeit des Kaisers Pius noch nicht bestanden habe. Der Schluss, an sich nicht so sicher, scheint mir aber darin eine Unterstützung zu finden, dass Ulpian in seiner Wiedergabe der Pfändungsordnung (Dig. 42, 1, 15, 2 cit.) einem alten Schema folgt, aber nur bezüglich der Mobilien und Immobilien. Beim Uebergange zu der dritten Classe der pfändbaren Objecte, nämlich der *nomina*, fällt seine Darstellung aus dem Tone des Schemas ganz heraus; insbesondere fehlt die charakteristische Wendung: *capi jubent et distrahi*. Diese Classe scheint also in der That erst später hinzugekommen zu sein; das Wann aber dieser Neuerung bleibt trotz des oben angeführten Rescriptes von Caracalla, das sich übrigens auch im Cod. Just., 4, 15, 2 findet, besser unentschieden. Denn natürlich wird man die Pfändung von Forderungen mit der vertragsmässigen Verpfändung solcher in Zusammenhang bringen wollen, was ja auch Verf. thut. Nun hat nach Marcian's Zeugniss in Dig. 20, 1, 13, 2 schon Pomponius das vertragsmässige *pignus nominis* gekannt; es ist daher nicht sehr wahrscheinlich, dass man soviel später die Forderungen in die pfändbaren Objecte eingereiht haben sollte. Verf. allerdings setzt das grösste Misstrauen in die Nachricht, dass sich schon Pomponius über das *pignus nominis* ausgesprochen haben sollte; er vermuthet, dass Marcian den klangvollen Namen des Pomponius eingeschmuggelt habe, um seiner eigenen Ansicht den Schein höheren Alters zu geben, und was dergleichen Einfälle mehr sind. In solcher Weise an der Ueberlieferung zu rütteln ist nicht zulässig. Aber zum Glück ist diese Extravaganz, insofern sie die Entwicklung und das Wesen des vom Verf. behandelten Institutes selbst nicht berührt, unschädlich.

Gepfändet werden konnte die Habe des Schuldners, auch wenn sie sich bei einem dritten befand. Für bares Geld, welches ein dritter abgesondert von seinem eigenen Gelde verwahrte, ist die Statthaftigkeit der Pfändung ausdrücklich bezeugt. Aber auch für Mobilien, die z. B. bei einem dritten deponirt, ihm commodirt oder *precario* überlassen waren, versteht sich das Gleiche eigentlich von

Digitized by Google

selbst. Verf. verweist mit Recht auf Dig. 42, 1, 15, 5, wonach eine *res pignorata* vom Executor beschlagnahmt werden konnte. Dass die *res pignorata* als Gegenstand einer blossen Hypothek gedacht sein kann, gibt Verf. selbst vorsichtig zu; dass der Ausdruck aber auch das eigentliche, d. h. vom Gläubiger besessene Faustpfand mitbegreife, ist ebenso sicher, und das letztere auszuschliessen wäre um so unberechtigter, als die Worte der Stelle: *quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere* geradezu auf den Fall hinzielen, dass der Gläubiger den Besitz des Pfandgegenstandes erhalten hat. Im übrigen zeigt die Stelle, dass der Pfandgläubiger, bei dem der Executor die Pfandsache seinerseits pfändet, dadurch in keiner Weise zu Schaden kommt. Verfs. Ansicht ist also ganz unbedenklich, auch wenn die angeführten Anhaltspunkte in den Quellen nicht vorhanden wären.

Der Executor konnte bei der Pfändung auf Hindernisse stossen. Dass die Eigenschaft eines Grundstückes als *fundus pupillaris* oder *dotalis* nicht zu den die Execution hindernden Momenten zählt, hat Verf. richtig bemerkt, da das gesetzliche Veräusserungsverbot, das für derartige Grundstücke gegeben war, sich nur auf den freihändigen und nicht auf den vom Magistrat vorgeschriebenen oder autorisirten Verkauf bezieht. Der hauptsächlichste Hinderungsgrund bestand in der Intervention eines dritten, der das Eigenthum an der gepfändeten Sache in Anspruch nahm. Diesen Fall regelte ein Rescript Caracalla's in Dig. 42, 1, 15, 4, welches Verf., wie hier nur zu constatiren ist, zutreffend auslegt; es ist zu hoffen, dass damit die sich an den Erlass anknüpfenden Controversen beseitigt sind. Wird eine Forderung gepfändet, bestreitet der Drittschuldner aber die Existenz der Schuld, so ist, gleichfalls nach einem Kaiserrescript, von der Pfändung ohneweiters und endgiltig Abstand zu nehmen. Ulpian bezeichnet diese Verordnung als durchaus billig, ohne seine Gründe anzugeben; ich zweifle nicht, dass Verf. auch hier das Richtige getroffen hat, wenn er sagt, dass der angebliche Drittschuldner wegen der von ihm zwangsweise eingezogenen Geldsumme nur auf eine *condictio* gegen den Gepfändeten angewiesen war, diese aber in der Regel factisch aussichtslos gewesen wäre und jedenfalls erfolglos sein konnte. Das Rescript schützte also den zu Unrecht in Anspruch genommenen dritten vor einem unverdienten und leicht unwiederbringlichen Schaden.

Was das durch die Pfändung begründete Recht als solches betrifft, so weist der Name des Institutes darauf hin, dass ein *pignus*, ein Pfandrecht vorliegt. Das zeigt sich auch in seinem Wesen: es dient, wie jedes Pfandrecht, zur Sicherung einer Forderung, nämlich der aus der *condemnatio* erwachsenden oder der durch *confessio* festgestellten Forderung.

Aber das *pignus judiciale* scheidet sich in wesentlichen Punkten sowohl vom *pignus conventionale* als auch vom *pignus praetorium*,

Digitized by Google

was Verf. im einzelnen nachweist. Am weitesten entfernt es sich vom letzteren, und zwar nach Verfs. Ansicht soweit, dass von einer analogen Anwendung der Grundsätze des *pignus praetorium* auf das *pignus in causa judicati captum* ganz abgesehen werden muss. Auch dem Vertragspfandrecht gegenüber bewahrt das *pignus judiciale* so sehr seine Eigenart, dass man zur analogen Anwendung der Grundsätze des Vertragspfandrechtes nur dann berechtigt ist, wenn man sich überzeugt hat, dass das durch die analoge Anwendung herbeigeführte Resultat mit dem Geiste und Wesen des Institutes, so wie sie sich aus der quellenmässigen Ueberlieferung ergeben, in Einklang steht. So lässt beispielsweise Verf. diese Analogie insoweit gelten, als er dem Magistrat juristischen Besitz an der gepfändeten Sache zuschreibt. Freilich kommt er zu der gewiss richtigen Einsicht, dass dieser Besitz des Magistrates nur theoretisches Interesse hat, weil der Magistrat der possessorischen Interdicte zum Schutze seines Besitzes nicht bedarf.

Für die Frage nach der Beendigung des Pfandrechtes kommt vor allem der Fall des Verkaufes der gepfändeten körperlichen Sache in Betracht. Nach der Pfändung müssen erst noch zwei Monate, die dem Schuldner zwecks Einlösung des Pfandes gesetzlich zustehen, verstreichen, ehe zum Verkauf geschritten werden, d. h., ehe der Verkauf überhaupt eingeleitet, begonnen werden kann. Nun muss dem Verkaufe eine öffentliche Ankündigung des Versteigerungstermins vorausgehen; folglich, schliesst Verf. mit gutem Grunde, darf jene öffentliche Bekanntmachung auch erst nach Ablauf der gesetzlichen zweimonatlichen Wartezeit erlassen werden. Das ganze Executionsverfahren zerfällt eben in zwei gesonderte, durch die Wartefrist getrennte Abschnitte, welche durch *capere* und *distrahere* bezeichnet werden. Das *distrahere* ist daher nicht so eng zu fassen, dass darunter nur der Act der Versteigerung selbst verstanden wird, sondern als ein ganzer Abschnitt des Verfahrens zu denken. Beginnt der Abschnitt mit der vorgeschriebenen Veröffentlichung des Versteigerungstermins, so müssen vor dieser gewiss die vollen zwei Monate liegen. Ich stimme also unserem Verf. durchaus bei.

Als Käufer ist seit Severus auch der Pfandgläubiger selbst zugelassen, aber nur unter zwei Bedingungen. Einmal darf überhaupt kein anderer Käufer auftreten, was später dahin erweitert wurde, dass der Pfandgläubiger auch schon dann mitbieten darf, wenn die sonstigen Bieter keinen annehmbaren Preis bieten. Und sodann muss der mitbietende Pfandgläubiger mindestens soviel bieten, als seine Forderung beträgt, d. h., mit dem Zuschlage des Pfandobjectes an ihn ist seine ganze Forderung erloschen. Dazu kommt noch, dass alle Vertragspfandrechte, welche an der Pfandsache vor ihrer Pfändung begründet waren, durch den Verkauf derselben zur Lösung gelangen müssen. Verlangt also in einem solchen Falle der Pfandgläubiger den Zuschlag, so wird er durch die *addictio* nicht

Digitized by Google

nur selbst voll befriedigt, sondern muss er auch die vorstehenden Pfandgläubiger seinerseits befriedigen. Die letztere Folgerung, die Verf. nicht ausdrücklich gezogen hat, ist auch in seinem Sinne unabweislich. Sonstige Beschränkungen oder auf der anderen Seite weitere Erleichterungen für den mitbietenden Pfandgläubiger sind nach Verfs. guter Begründung aus den Quellen nicht abzuleiten.

Der Kaufpreis soll regelmässig sofort in der Auction bar erlegt werden; geschieht dies nicht, so gibt es nach der Ansicht Fleischmann's weder ein Rechtsmittel zu seiner Beitreibung noch auch ein Strafmittel gegen den von seinem Gebote zurücktretenden Käufer. Aber das steht in der Stelle Dig. 42, 1, 15, 7, auf die sich Verf. bezieht, nicht. Sie sagt vielmehr ausdrücklich, dass der Executionsmagistrat den Käufer auf Zahlung belangen und das erstrittene Urtheil gegen ihn vollstrecken lassen kann, dass er aber freilich besser daran thut *(melius igitur erit)*, wenn er sich auf dieses umständliche Verfahren nicht einlässt, da ja der Pfandgläubiger jedenfalls keine Klage gegen den Bieter hat und er auch keinen Schaden erleidet, wenn er nur sonst Befriedigung erhält. Die aber wird ihm dadurch zutheil, dass der Magistrat die addicirte Sache dem Bieter wieder abnimmt und sie von neuem versteigern lässt. Dass im übrigen der Magistrat gegen den ungehorsamen Bieter auch mit Coercitionsstrafen vorgehen kann, halte ich nicht für ausgeschlossen. Es kommt darauf an, wie man die Schlussworte der angezogenen Stelle auslegt: *certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi non vinculo pignoris liberatam.* Diese Worte können andeuten die Grenze, über welche hinaus der Magistrat in seinem Verhalten gegen den wortbrüchigen Bieter nicht gehen darf; besser aber versteht man sie so, dass sie die Grenze bezeichnen, bis zu welcher der Magistrat gehen muss. Das würde denn meines Erachtens die Verhängung von Ordnungsstrafen nicht ausschliessen; haben diese aber den gewünschten Erfolg nicht, dann bleibt freilich im Interesse des Pfandgläubigers nichts weiter übrig, als dem Bieter die addicirte Sache wieder abzunehmen. Das wäre das letzte, äusserste Zwangsmittel, dessen Anwendung allein dem Pfandgläubiger frommt.

Schliesslich will ich noch erwähnen, dass Verf. das Verhältniss der *addictio* der Pfandsache an den mitbietenden Pfandgläubiger zur *dominii impetratio* nach meiner Auffassung richtig dargestellt hat. Auch was er über die Art der Verwerthung einer gepfändeten Forderung sagt, verdient Beifall.

Leipzig. **Dr. Hugo Krüger.**

Digitized by Google

51. Zur Lehre von dem Inhalte einer Geldschuld.

Bonner Inaugural-Dissertation von Hugo Kaufmann. Crefeld 1894. 55 S., 8°.

Das Thema setzt Kenntnisse voraus, die nicht blos auf dem Rechtsgebiete liegen, da naturgemäss die wirthschaftliche Lehre vom Gelde und von der Währung die Grundlage der Abhandlung bildet. Verf. ist mit dieser Lehre vertraut und zeigt sich auch sonst der Aufgabe, die er sich gestellt, gewachsen. Die sachgemässe Darstellung der behandelten Fragen rechtfertigt es, auf die kleine Schrift, die meines Wissens bisher noch nicht angezeigt ist, noch nachträglich mit wenigen Worten aufmerksam zu machen.

Inhalt einer Geldschuld ist nach dem Verf. die Leistung von Sachen mit allen denjenigen Merkmalen, welche vorhanden sein müssen, um ihnen die Geldqualität zu verleihen. Keine Geldschuld liegt daher vor, wenn bestimmte hingegebene Geldstücke wieder zurückgegeben werden sollen; hier kommen die Geldstücke nur als Waare, als *species* in Betracht. Auch die reine Geldsortenschuld rechnet Verf. nicht zur Geldschuld, weil hiebei nicht an die Geldfunction der Geldstücke der bestimmten Sorte gedacht ist.

Im einzelnen ist der Inhalt der Geldschuld einerseits nach der geschuldeten Sorte, andererseits nach der geschuldeten Quantität zu bestimmen. In ersterer Beziehung bespricht Verf. die rechtsgeschäftlichen und darnach die gesetzlichen und richterlichen Schulden. Die Berechnung sodann des von der Schuldsumme darzustellenden Werthes führt zu einer Reihe schwieriger Fragen, namentlich unter dem Gesichtspunkte von Währungsänderungen, die nach der Perfection der Obligation eintreten. Die Natur des Gegenstandes verbietet es, diese Fragen nebst den Antworten, die Verf. auf sie gibt, in einer der Berichterstattung angemessenen knappen Form wiederzugeben, zumal sich auch Verf. selbst präciser Kürze befleissigt. Manches hätte ausführlicher behandelt werden können; insbesondere hätten concrete Beispiele das Verständniss erleichtert und wohl auch die Richtigkeit der vom Verf. gegebenen Lösungen in helleres Licht gesetzt.

Leipzig. **Dr. Hugo Krüger.**

---

52. La Colpa nel Diritto civile odierno. 2. Edizione interamente rifatta.

Opera premiata dalla R. Accademia dei Lincei col premio Reale per le Scienze giuridiche. Parte 1: Colpa contrattuale. Del Prof. G. P. Chironi. Torino, Fratelli Bocca, 1897.

Die erste Auflage des Werkes, dessen erster Theil das schuldhafte obligationswidrige Verhalten im ganzen, dessen zweiter Theil

Digitized by Google

in zwei Bänden die *colpa extracontrattuale*, d. h. die Aquili'sche *culpa* behandelt, erschien in den Jahren 1884 bis 1887. Das ganze Werk hat seinerzeit eine gründliche und sehr anerkennende Besprechung durch Julius Landesberger in dieser Zeitschrift, Bd. XVII (1890), S. 196 bis 213, erfahren. Von der 2. Auflage liegt zur Zeit nur der erste Theil vor. Er ist vollständig neu bearbeitet und infolge der tiefgehenden Revision, der ihn Verf. unterzogen hat, um genau das Doppelte dem äusseren Umfange nach vermehrt. Die Anordnung und Vertheilung des beträchtlichen Stoffes ist dieselbe wie in der 1. Auflage geblieben; nur hat Chironi eine grössere Anzahl neuer Paragraphen den einzelnen Abschnitten eingefügt. Auch ist ein bei der Fülle des bearbeiteten Materials durchaus nöthiges alphabetisches Sachregister hinzugekommen.

Gegenstand der Darstellung ist das schuldhafte Verhalten mit Bezug auf bestehende Obligationsverhältnisse nach geltendem italienischem und französischem Recht. Aber beide Rechtsgebiete bilden doch nur die Grundlage, den Mittelpunkt und das letzte Ziel der Untersuchungen; die vom Verf. angestrebte und erreichte wissenschaftliche Vertiefung liess eine derartige Begrenzung nicht zu. Wenn Verf. auf dem Titelblatte verspricht, die Lehre von der *culpa* nach dem modernen Civilrechte zu entwickeln, so ist diese allgemeine Ausdrucksweise nicht unabsichtlich gewählt. Denn berücksichtigt hat er das geltende Privatrecht fast aller Culturländer und ihrer Codificationen und Gesetzesentwürfe. Die Gesetzbücher der deutschen Einzelstaaten, sowie der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, die Gesetzbücher Oesterreichs, der Schweiz, Spaniens, Portugals, Canadas, der südamerikanischen Staaten und anderer mehr, sie alle dienen dazu, die Lehre zu vervollständigen und zu festigen. Dass das römische Recht nicht an letzter Stelle steht, ist selbstverständlich. Dementsprechend ist auch die Berücksichtigung der Literatur universal. So reicht denn die Bedeutung des Werkes weit über die Grenzen des Vaterlandes seines Verfassers hinaus.

Mit dieser allgemeinen Charakterisirung des Werkes hat die Berichterstattung ihre Pflicht erfüllt. Wie könnte man Einzelnes herausgreifen bei der Masse und der überall gleich sorgfältigen Bearbeitung des Stoffes? Ueber welche der einschlägigen Fragen man auch Belehrung wünscht, im Werke des Verfs. wird man sie finden. Dass ich aber doch einen die Romanisten besonders interessirenden Punkt erwähne, so ist dies der Versuch des Verfs., die Haftung für *custodia* geschichtlich zu erklären (S. 65 ff.).

Leipzig. **Dr. Hugo Krüger.**

Digitized by Google

53. Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung?

Erlanger Inaugural-Dissertation von Eduard Braun. Leipzig, P. Braun, 1896. 58 S. 8°.

Die im Titel aufgeworfene Frage bejaht der Verf., weil er in der sogenannten *emtio spei* einen wahren Kauf erblickt. Sie in die erweiterte und darum verschwommene Kategorie der aleatorischen Verträge einzureihen hat man heute ebenso aufgegeben, wie sie als Dienstmiethe zu qualificiren oder doch mit ihr zu verquicken, und es besteht daher an der Kaufnatur des Geschäftes kaum noch ein Zweifel oder eine Meinungsverschiedenheit. Man wird also dem Thema, das sich Verf. für seine Arbeit gestellt hat, nicht viel Interesse entgegenbringen können. Anders steht es mit der besonderen Frage nach dem Object der *emtio spei*. Verf. bekennt sich zu der Ansicht derjenigen, welche den Kaufgegenstand in der *spes*, d. h. in der Gewinnaussicht sehen. Was er zum Beweise dieses Satzes und zur Widerlegung der Gegenansicht, nach welcher die künftige Sache das Kaufobject darstellt, ausführt, enthält nichts neues, überhaupt nichts, was die Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen geeignet wäre, woraus man ja dem Verf. billig keinen Vorwurf machen wird. Wenn ich trotzdem im folgenden im Anschluss an seine Arbeit auf das Problem näher eingehe, so geschieht es deshalb, weil das deutsche bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Vorschrift über die *emtio spei* aufgestellt und es daher der Theorie überlassen hat, die für diese Art des Kaufes geltenden Grundsätze zu ermitteln und zu normiren. Im Hinblick hierauf halte ich es für zweckmässig, der Anregung, welche die vorliegende Dissertation durch Vorführung und Zusammenfassung der in der bisherigen Literatur vertretenen Ansichten gibt, zu folgen und die seit längerer Zeit ruhende Frage wieder aufzunehmen. Sie führt uns natürlich auf das römische Recht zurück.

Bekanntlich sagen einige römische Juristen direct: *spes, alea emitur* und dergleichen; das ist ja auch eins der hauptsächlichsten Argumente derjenigen, welche wie Verf. die *spes* selbst zum Gegenstande des Kaufes machen. Aber wir dürfen jene Aussprüche nicht einseitig für sich betrachten. Wir müssen uns vielmehr einmal den Zusammenhang klar machen, in dem sie von den Juristen gethan sind; und sodann ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Quellen in der Bezeichnung des Kaufobjectes wechseln, und dass es nicht an solchen Zeugnissen fehlt, welche im offenbaren Widerspruche zu obigen *Dicta* die erhofften Sachen selbst als die in Wahrheit gekauften hinstellen.

Was zunächst die Ausdrucksweise: *spes, alea emitur* betrifft, so findet sie in einigen Stellen ihre Erklärung durch den Gegensatz zur *emptio rei*. So sagt Pomponius, Dig. 18, 1, 8, 1, mit Bezug auf den sogenannten Hoffnungskauf: *aliquando tamen et sine re*

Digitized by Google

venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur; in ähnlicher Weise bemerkt Paulus, Dig. 18, 4, 7, zu dem Verkaufe einer bereits vom Erben erworbenen oder doch als erworben vorausgesetzten Erbschaft: *nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res.* In beiden Stellen ist unter *res*, was schon von Bechmann und F. Endemann festgestellt worden ist, ein körperliches Kaufobject zu verstehen, welches zur Zeit des Vertragsschlusses bereits existirt hat. Als Gegensatz hiezu kann sich daher nur ergeben, dass bei der *emtio spei* ein körperliches Kaufobject zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden ist. Der Unterschied zwischen der *emptio rei* und der *emtio spei* besteht also nach den beiden Stellen nicht darin, dass dort ein körperliches Kaufobject, hier ein unkörperliches (die Hoffnung im eigentlichen Sinne) vorliegt; sondern darin, dass das körperliche Kaufobject, das beiden Arten des Kaufes gemeinsam ist, im ersteren Falle bereits im Augenblicke des Kaufabschlusses existent ist, im zweiten Falle dagegen nicht. Dies ist meines Erachtens der Sinn der beiden besprochenen Zeugnisse. Dass die Auslegung möglich ist, kann schwerlich bestritten werden, und deshalb ist der Schluss, den man aus den in beiden Stellen wiederkehrenden Worten: *alea emitur* gezogen hat, dass nämlich das Object der *emtio* die unkörperliche *alea* selbst sei, jedenfalls nicht zwingend. Schon durch diese Erwägung ist der gekennzeichneten Lehrmeinung die Hauptstütze entzogen. Aber es muss weiterhin noch behauptet werden, dass wenigstens die Pomponius-Stelle gar nicht anders, als von mir geschehen, ausgelegt werden kann. Genau so wie in L. 8, §. 1 cit. im Gegensatze zur *emtio spei* sagt Pomponius im pr. desselben Fragmentes im Gegensatze zur *emtio rei speratae*, dessen Object unbestritten eine körperliche Sache ist: *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi; et tamen fructus et partus futuri recte ementur (emuntur).* Auch hier fehlt es an einer „*res*" als Kaufobject, weil eine *res futura* Kaufobject ist. Die *res futura*, das ist das unterscheidende Merkmal zwischen der *emtio rei speratae* und der *emtio spei* einerseits und der *emtio rei* im gewöhnlichen Sinne andererseits. Sonach ergibt sich, dass, wie bei der *emtio rei speratae*, so auch bei der sogenannten *emtio spei* das Kaufobject eine körperliche Sache ist, die allerdings gegenwärtig noch nicht existirt, die aber doch erwartet, erhofft wird, und die daher als *res futura* bezeichnet wird.

In derselben Digestenstelle 18, 1, 8, 1, in welcher Pomponius von der *emtio aleae* spricht, nennt er als Kaufgegenstand noch etwas anderes: *cum captum (captus) piscium vel avium vel missilium emitur.* So ferner Celsus, Dig. 19, 1, 12: *si jactum retis emero,* und Julian bei Ulpian 19, 1, 11, 18: *veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore vel pantheram ab aucupe.* Was haben wir unter den Worten: *captus, jactus* u. s. w. zu verstehen? Sicher nicht die

Digitized by Google

Thätigkeit des Fischers oder Jägers, weil, wenn sie den Gegenstand des Geschäftes ausmachte, dieses Dienstmiethe sein müsste und nicht Kauf sein könnte, was es doch unzweifelhaft ist und sein soll. Gemeint können mit jenen Ausdrücken nur die gefangenen Fische oder Vögel selbst sein, und damit gelangen wir zum nämlichen Ergebnisse wie vorher. In beiden Fällen darf uns der ungenaue und uneigentliche Ausdruck, der sich wegen seiner Kürze empfiehlt, nicht über die Sache täuschen; es steht zu erwarten, dass auch wir an dem herkömmlichen Kunstwort: Hoffnungskauf festhalten werden, wenn wir uns auch sagen müssen, dass er das wahre Wesen des Geschäftes verdeckt.

Aber die Quellen bestätigen uns noch in anderer Weise, dass das Object der *emtio spei* die *futura res* als die zu erwartende körperliche Sache ist. Wenn Ulpian, Dig. 18, 4, 11, als Formel für den Kauf einer nur erhofften Erbschaft angibt: *si qua sit hereditas, est tibi empta,* so will ich darauf kein Gewicht legen. Auch das *nomen legatum* z. B. lautet im praktischen Leben: *Sejo do lego id, quod Titius mihi debet*, als ob der Gegenstand der Forderung und nicht vielmehr diese selbst vermacht wäre. Der genannten Ulpian-Stelle sind an die Seite zu stellen Javolen und Paulus, Dig. 18, 4, 10 und 13, welche in demselben Falle des Erbschaftskaufes als Object nennen: *si quid juris esset venditoris* und: *quidquid juris haberet venditor*. Auch hier kann die Ausdrucksweise durch die übliche Formulirung des Kaufgeschäftes bestimmt worden sein.

Aber ein untrügliches Zeugniss dafür, dass wirklich die gefangenen Fische als das Object des Kaufes eines Fischzuges anzusehen sind, bieten uns Julian's Worte in Dig. 19, 1, 11, 18 cit. (von Ulpian): *quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus . . . Merx*, die Waare, das Kaufobject, kann nach dieser Stelle nicht die Hoffnung, die Gewinnaussicht sein, weil von dieser der Jurist unmöglich hätte sagen können: *ad emptorem non pertineat.* Ist kein Fisch gefangen, so erhält der Käufer keine *merx*; haben sich dagegen einige gefangen, so sind diese die *merx. Nummi* — der Kaufpreis, *merx* — der Kaufgegenstand. Es gibt keinen Ausweg: die gefangenen Fische sind das Object der *emtio spei.* Und das lehrt zudem der bedeutendste der classischen Juristen, Julian.

Schliesslich macht sich Verf. zum Beweise dessen, dass Object der *emtio spei* wirklich die Hoffnung sei, einige Bemerkungen von F. Endemann (in dieser Zeitschrift, 1885, Bd. XII, S. 360 f.) zu eigen, die gewiss zutreffend sind, die aber Verf. deshalb zu Unrecht für sich benutzt, weil er sie missverstanden hat. Es wird nämlich in den Quellen dem bedingt Berechtigten eine *spes* zugeschrieben, und diese *spes (obligationis, legati)* wird ausdrücklich als verkäuflich und vererblich hingestellt. Da hätten wir also die *spes* als Vermögens-

Digitized by Google

object, das als solches verkäuflich sei, schliesst Verf. mit der Geschwindigkeit des Sprichwortes; ein Seitenstück zu unserer *emtio spei!* Aber es liegt auf der Hand, dass die *spes*, die der bedingt Berechtigte veräussert, juristisch nichts anderes als sein bedingtes Forderungsrecht ist. Man spricht wegen des ungewissen Erfolges wohl von einer *spes*, aber man trifft damit nicht das juristische Wesen der Sache. Man bedient sich eines blossen Bildes, welches für die Construction des Rechtsverhältnisses werthlos ist. Das gilt auch für unsere *emtio spei*. Dass die römischen Juristen mit der *spes* nicht Ernst machten, zeigt der obige Nachweis; dass sie sich des Uneigentlichen in der Ausdrucksweise *emtio spei* wohl bewusst waren, beweist der gelegentliche Zusatz des Wörtchens: *quasi*, dessen Werth Verf. zu gering anschlägt, wenn er es ganz ignoriren zu dürfen glaubt. Gerade das Beispiel der *spes obligationis, legati*, das Verf. ganz mit Recht zum Vergleiche und zur Erkenntniss des Wesens der *emtio spei* herangezogen hat, hätte ihn bei einiger Ueberlegung darüber aufklären müssen, dass das Object auch der *emtio spei* jedenfalls die *spes* nicht sein kann. Wenn z. B. die *spes legati* bei der Berechnung der Falcidi'schen Quart in Anrechnung gebracht wird, so heisst dies, in das rein Juristische übersetzt, dass der Verkaufswerth des dem Bedachten zustehenden bedingten Forderungsrechtes zu ermitteln und zu veranschlagen ist.

Dass Verf. in seinem Bemühen, neue Beweisgründe für seine Auffassung der *emtio spei* zu finden, unvermerkt dazu gelangt, an die Stelle der Hoffnung als Kaufobject ein ganz anderes Object, nämlich „ein eventuelles Forderungsrecht" zu setzen, sei nebenbei bemerkt. Er sagt S. 21 wörtlich: „Wenn Forderungen gekauft werden können, warum sollte da nicht Gleiches möglich sein bezüglich der Hoffnung, die, möge man sie nun *spes*, *alea* oder Gewinnchance nennen, vom Standpunkte des Käufers aus im letzten Effect nichts anderes ist, als ein eventuelles Forderungsrecht." Also *emtio spei* Kauf eines Forderungsrechtes! Die viel vertheidigte Hoffnung hat Verf. plötzlich aufgegeben! Er hat zwar gemerkt, dass beim Forderungskauf die zu verkaufende Forderung bereits vor dem Abschluss des Vertrages besteht, während beim Hoffnungskauf das (eventuelle) Forderungsrecht erst durch den Vertrag begründet wird. Aber er glaubt das Bedenken durch den Hinweis auf den Kauf einer zu errichtenden Servitut beseitigen zu können. Führt man jedoch den Vergleich ernstlich durch, so müsste der Verkäufer dem Käufer, wie in dem genannten Falle das gekaufte dingliche Recht, so im Falle der *emtio spei* das gekaufte (eventuelle) Forderungsrecht erst verschaffen. Mit der *actio emti* würde ich also erst auf Begründung des Forderungsrechtes klagen können; mit dem Erwerbe dieses hätte ich erst eine *spes* in mein Vermögen gebracht, und zuletzt, wenn die *spes* sich erfüllt, bekomme ich mein Gericht Fische. Ich denke, auch den Römern wäre der Appetit vergangen.

Digitized by Google

Denken wir uns aber auch, um an die ursprüngliche Construction des Verfs. nochmals anzuknüpfen, die Hoffnung als den Gegenstand des Kaufes, so ist doch schwer zu begreifen, auf welchem Wege Rechtens ich das Eigenthum an den gefangenen Fischen erlangen soll. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu verschaffen, also die Hoffnung. Die hat er freilich schon, und Verf. findet es auch ganz in der Ordnung, dass demnach auf Verschaffung der Hoffnung nie geklagt werden wird. Aber Verkäufer muss auch das *commodum ex re* herausgeben, und das sind eben die Fische; so lautet die Lösung des Verfs. Wir gestehen, vor einem Räthsel zu stehen: die Fische als Vortheil aus der Hoffnung! Es ist freilich nur die Consequenz der Auffassung, dass sich der Ausdruck: Hoffnungskauf mit der Sache deckt, und damit richtet sie sich selbst.

Leipzig. **Dr. Hugo Krüger.**

---

54. Die Uebergangsbestimmungen der Executionsordnung.

Von Dr. Berthold Pick, k. k. Adjuncten der Finanzprocuratur. Sonderabdruck aus der „Allgem. österr. Ger.-Ztg." Wien, Manz. 1898, 20 S.

Der Autor hat sich die interessante Aufgabe gestellt zu prüfen, ob der §. 5 des allg. bgl. Ges. B. für die Uebergangsbestimmungen des Einf. Ges. zur Ex. O. Geltung habe, oder ob diesen Uebergangsbestimmungen die rückwirkende Kraft zukomme. Die Aufgabe ist schwierig, weil im Gegensatze zum klaren Art. 27 der Regierungsvorlage der aus den Ausschussberathungen hervorgegangene Art. 31 des Gesetzes wenigstens nach seinem Wortlaute keinen Grundsatz aufstellt, sondern lediglich einen bestimmten Einzelfall (die am 1. Jänner 1898 bewilligten Executionsacte) regelt. Während nach der Regierungsvorlage für jedes am 1. Jänner 1898 anhängige Executions-Verfahren klar war, ob es nach altem oder neuem Rechte durchzuführen sei, muss das nach den Art. 31—39 des Gesetzes von Fall zu Fall erforscht werden.

Das ist umso bedauerlicher, als die Absicht des Ausschusses eine gute war. Er wollte den §. 5 a. b. G. B. für das Gebiet des Executionsrechts aufheben (Materialien, II, S. 279). Leider hat er dies im Gesetze nicht deutlich gesagt; da nun die Absicht des Ausschusses gewiss nicht genügt, um Lücken des Gesetzes auszufüllen, erwächst der Theorie die schwierige Aufgabe, aus den vorliegenden Detailnormen das dem erlassenen Gesetze zugrunde liegende Princip zu ermitteln, um darnach die nicht expresse entschiedenen Fälle zu erledigen.

Dieser Aufgabe hat sich Pick unterzogen und dabei die schöne Fähigkeit bewiesen, auf einem sehr engen Raume sehr viele der hieher-

Digitized by Google

gehörigen Fragen zu behandeln und dann aus seiner Lösung derselben ein dem Gesetze nach seiner Meinung zugrunde liegendes Princip abzuleiten; kein überflüssiges Wort steht in dem Aufsatz, dagegen viel Neues und manche gute Anregung.

Dennoch kann der Referent der vom Autor gegebenen Lösung nicht beitreten. Das Pick'sche Princip lautet: Kann das neue Recht äusserlich an ein am 1. Jänner 1898 anhängiges Executionsverfahren angeschlossen werden, so findet es auf dasselbe Anwendung, sonst nicht (Princip der formalen Anpassung). Der Autor fühlt selbst, dass sein Princip rein äusserlicher Natur sei: schlimmer ist noch, dass es auf wichtige Fragen keine oder eine unbefriedigende Antwort gibt. Zwei Beispiele mögen dies erweisen.

1. Im December 1897 war ein Pfändungsgesuch überreicht worden, der 1. Jänner 1898 traf es unerledigt. Nach welchem Rechte war es nun zu erledigen? Pick behandelt den Fall nicht, und sein Princip lässt im Stich, weil hier ein Executionsverfahren nicht fortgesetzt, sondern begonnen werden soll. Das *ag. e contrario* aus Art. 31, Abs. 1 ergibt, dass solche Gesuche nach neuem Rechte zu erledigen sind. 2. Das Manifestationsverfahren nach dem Ges. v. 16. März 1884 war vor dem 1. Jänner 1898 beantragt, aber das Gesuch am 1. Jänner 1898 noch nicht erledigt. Pick will auf Grund des *arg. e contrario* aus Art. 34 hierauf das alte Recht angewendet wissen; er übersieht, dass Art. 34 selbst eine Ausnahme von Art. 31 ist, und dass nach Art. 31 (*e contrario* und ganz zweckmässiger Weise) das neue Recht (§. 47 ff. der E. O.) anzuwenden ist. Zu seiner Auslegung wäre der Verfasser schwerlich gekommen, wenn ihn nicht sein Princip geleitet hätte.

Um den Rahmen dieser Anzeige nicht ungebührlich zu überschreiten, soll auf weitere Einzelfälle nicht eingegangen, sondern blos das Resultat festgestellt werden, zu welchem der Referent auf Grund eingehender Besprechung sehr vieler Fälle in seinem Praktikum gelangt ist. Es lautet: Der §. 5 a. b. G. B. gilt für die Ex. O. nicht, insoweit nicht nach dem Einf. Ges. zur Ex. O. ausdrücklich die Anwendung des alten Rechtes vorbehalten oder insoweit nicht vor dem 1. Jänner 1898 ein dingliches Recht bereits erworben ist; in letzterem Falle bleibt dessen Umfang, wenn auch nicht immer sein Inhalt aufrecht. Der Permanenz-Ausschuss hat demnach sein Ziel im wesentlichen erreicht. Dass Pick in seiner Arbeit nicht zu diesem Resultate kam, beruht vielleicht auf nicht genügender Beachtung des Art. 31 und der Materialien. Nichtsdestoweniger gebührt dem Autor für seine Arbeit Dank und Beachtung.

Wien. Dr. Rudolf Pollak.

Digitized by Google

55. Das Recht am eigenen Bild.

Von Hugo Keyssner, geheimer Justizrath und Kammergerichtsrath. Berlin, Guttentag, 1896. 63 S.

In Anlehnung an die Arbeiten von Ihering, Gierke und Kohler, namentlich über das Recht am Namen, als Individualrecht und über den Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, behandelt Verf. in frischer, lebendiger Sprache die nicht uninteressante und noch vielfach umstrittene Frage, ob und inwieweit ein Recht des Urbildes am Abbilde und am Nachbilde gegenüber dem Verfertiger des Bildes anzuerkennen sei. Er tritt dafür ein, dass das vom Künstler gefertigte Bild von seiner Entstehung an dem Urbilde, bezw. dem Besteller gehöre auf Grund des zwischen ihm und dem Künstler als Unternehmer geschlossenen Werkvertrages. Das gelte insbesondere für die Bildnissphotographie, auch das Bildnissnegativ stehe lediglich in Aufbewahrung des Photographen, nicht aber in seinem Eigenthum. Wer vom Urbilde ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung ein Abbild entnimmt, begeht einen Eingriff in dessen Rechtsgebiet, also eine Rechtsverletzung, die freilich aus leicht begreiflichen Gründen zumeist äusserst nachsichtig von dem Betroffenen beurtheilt wird. Die Praxis des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes wird auch auf diesem Gebiete manchen bisher bestandenen Zweifel in befriedigender Weise zu lösen vermögen.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

56. Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean-Jacques Rousseau.

Ein Beitrag zur Entwicklung des Souveränitätsbegriffes.

Von Dr. jur. Max Landmann. Leipzig 1896. 136 S.

Ist auch dem Verfasser nicht in allen seinen Einzelausführungen beizustimmen, und lässt sich manchmal eine gewisse Voreingenommenheit für eine bestimmte Anschauung nicht bestreiten, so gibt er doch eine nicht uninteressante kritische Untersuchung der Ideen, welche sich über unseren so schwierigen Gegenstand in den Werken der hervorragendsten französischen Schriftsteller jener Periode und bei den sogenannten Monarchomachen vor Bodin finden. Dass inzwischen die Schrift von Hancke: Bodin, eine Studie über den Begriff der Souveränität, erschienen ist (in Gierke's Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 47, Breslau 1894), hat der Arbeit wohl insoferne Eintrag gethan, als die Würdigung der Theorie von Bodin nicht mehr den Anspruch auf Neuheit erheben kann; doch hat sich Landmann genügende Selbständigkeit der

Digitized by Google

Anschauung gewahrt und damit den Beweis für die wissenschaftliche Daseinsberechtigung der Abhandlung erbracht.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

57. Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts

nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (Reichstagsvorlage.)

Von Ernst Heymann. Breslau 1896. 68 S. Habilitationsschrift.

In manchen Richtungen ist die Arbeit durch das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich überholt worden und die Rechtswissenschaft wird sich nunmehr weniger der kritischen Würdigung der im Erbrechte auftauchenden socialen Fragen als ihrer eigentlichen Thätigkeit, der Auslegung des Gesetzes, zuzuwenden haben. Immerhin ist es nicht ohne Interesse, dem Verfasser in seinen Erörterungen zur Parentelordnung zu folgen, in welcher er den deutschnationalen Grundgedanken der Erbfolge ausgeprägt findet, da sie das einzige deutsche Erbfolgesystem sei, welches im Mittelalter eine mehr als locale Bedeutung gehabt.

München. Dr. Leopold Menzinger.

---

58. Manz'sche Taschenausgabe der österreichischen Gesetze.

Die Vorschriften betreffend den Schutz der Erfindungen, Marken und Muster.

Herausgegeben von Dr. Paul Schulz, Ministerialsecretär und Referenten im k. k. Handelsministerium. Wien 1898.

In der schönen Manz'schen Gesetzesausgabe, die sich in der juristischen Welt ihren Platz erobert hat, nimmt die vorliegende Publication der den Schutz der Erfindungen, Marken und Muster betreffenden Vorschriften eine hervorragende Stelle ein. Es ist in der That ein werthvoller Commentar, den der Herausgeber in den Noten zum Markengesetz von 1890 und zur Markenschutz-Novelle von 1895, zum Musterschutzgesetz von 1858 und zum Privilegiengesetz von 1852 auf Grund zahlreicher bei der Anwendung dieser Gesetze erflossenen Entscheidungen liefert, in denen nicht selten Gesichtspunkte eröffnet werden, die der Scharfsinn des subtilsten Theoretikers, der dem praktischen Spiele der Interessen ferne steht, nur schwer ersonnen hätte. Bei dem neuen Patentgesetze vom 11. Jänner 1897, wo vorläufig ein Material an Entscheidungen natürlich noch fehlt, benützt der Herausgeber die parlamentarischen Vorarbeiten, die er in einem getreuen Auszuge hinter dem Gesetze S. 328—400 folgen lässt,

Digitized by Google

so dass nun jedermann, nicht blos die juristische Welt, sondern auch die Geschäftswelt, mit der grössten Leichtigkeit zu diesen die Absicht des Gesetzgebers wiederspiegelnden Vorarbeiten greifen kann. Sehr dankenswerth ist die Mittheilung der den internationalen Schutz der Erfindungen, Marken und Muster betreffenden Staatsverträge S. 401 bis 492 und der Abmachungen der internationalen Union für den Schutz des gewerblichen Eigenthums S. 494—523.

Ein erschöpfendes alphabetisches Sachregister S. 524—564 und ein ausführliches chronologisches Register der cit. Gesetze, Verordnungen, Entscheidungen u. s. w. (S. 565—599) erleichtern den Gebrauch der vorliegenden höchst nützlichen Publication, die ein unumgänglich nothwendiges Hilfsmittel für jeden bleiben wird, der, sei es vom Gesichtspunkte der Theorie oder von dem der praktischen Anwendung, eines der in diesem Bande vereinigten Gesetze zu studiren hat, und durch die sich daher der zu dieser Arbeit vermöge seiner amtlichen Stellung besonders berufene Herausgeber ein Anrecht auf den Dank der juristischen und Geschäftswelt erworben hat.

Grünhut.

---

59. Das österreichische Handelsrecht.

Ein Leitfaden für Studirende. Systematisch dargestellt von Dr. Franz Pollitzer. (X und 771 S.) Wien 1895, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

In dem bescheidenen Gewande eines Leitfadens für Studirende tritt uns eine überaus erfreuliche literarische Erscheinung entgegen. Wir haben es thatsächlich mit einer ebenso sachverständigen als fleissigen Bearbeitung des österreichischen Handelsrechtes zu thun, die ein klares Bild des gegenwärtigen Standes der Handelsgesetzgebung und der Handelsrechtswissenschaft in Oesterreich gibt und zweifellos geeignet ist, nicht nur dem Studirenden, sondern auch dem Praktiker umso werthvollere Dienste zu leisten, als die in den Noten beigesetzten Literaturstellen es ermöglichen, jeder Frage bis in's kleinste Detail nachzugehen.

Die systematische Anordnung des Stoffes ist im Grossen und Ganzen dem Systeme der Lehrbücher des gemeinen Rechtes angepasst, innerhalb dessen sich der Autor möglichst an das System des Handelsgesetzes hielt.

Eine Schwierigkeit ergab sich hieraus bei der Lehre von den Handelsgeschäften, wo nach den absoluten Handelsgeschäften die relativen zur Darstellung gelangen, wobei stets untersucht wird, inwiefern sie Grundhandelsgeschäfte oder accessorische sind (vgl. 122 ff.). Dem Handelskaufe fiel hiebei eine selbständige Behandlung zu (s. §. 117, Note 1).

Digitized by Google

Das Versicherungs-, See- und Wechselrecht wurden, als eine abgesonderte Behandlung für sich verlangend, von der Darstellung ausgeschlossen. Dagegen ist neben der österreichischen Rechtsprechung auch jene des deutschen Reichs-Oberhandelsgerichtes, bezw. Reichsgerichtes, sowie die deutsche Gesetzgebung berücksichtigt, und überdies sind in den Noten die Parallelstellen des ungarischen und bosnisch-herzegowinischen Handelsgesetzes bezogen.

Die praktische Brauchbarkeit des verdienstvollen Buches wird durch ein ausführliches alphabetisches Sachregister und Quellenregister erhöht.

Dr. Philipp Münz.

---

60. Beiträge zur Auslegung des §. 72 der C. P. O.

Von Dr. jur. Albrecht Mendelssohn-Bartholdy. Leipzig 1898.

Unter den „ausgewählten Doctordissertationen der Leipziger Juristenfacultät" ragt die oben angezeigte Schrift durch klare, elegante Darstellung, ausgiebigste Benützung, nicht blos Allegirung der monographischen Literatur, namentlich aber durch consequente Durchführung des Grundgedankens hervor.

Nachdem der Autor die Redactionsgeschichte des „Bährparagraphen" kurz skizzirt hat, legt er die civilrechtlichen Analogien des §. 72 C. P. O. nach römischem und gemeinem Rechte dar. Die Verschiedenheiten der Voraussetzungen für die Deposition im Civilrechte und im §. 72 R. C. P. O. beweisen die Haltlosigkeit der Behauptung, dass er eine nur in processualischem Gewande auftretende, ihrem Wesen nach civilrechtliche Norm enthalte. Die civilrechtliche Seite weiter verfolgend, bewegt sich der Autor auf dem Boden des französischen, italienischen, englischen, schweizerischen, sächsischen und preussischen Rechtes. Im österreichischen Rechte verfolgt er die Lehre von der Deposition an der Hand der bekannten Arbeit von Czyhlarz (in dieser Zeitschrift, Bd. VI, S. 657 f.) auf den Wegen, welche ihr die Praxis gewiesen hat. Bei dem Standpunkte des Verfassers, die Deposition des §. 72 recht präcise von der civilrechtlichen Hinterlegung sondern zu wollen, wird man es erklärlich finden, dass er die Generalclausel unseres bürgerlichen Gesetzbuches „bedenklich" findet: die österreichische Praxis sieht es als eine Wohlthat an aus „wichtigen Gründen", also in ausgiebiger Weise den §. 1425 a. b. G. B. heranziehen zu können.

Die Bedeutung des §. 72 R. C. P. O. sucht der Verfasser darin, dass er ihm blos processualische Wirkungen zu Gunsten des Hauptinterventen beilegt. Dies der Grundgedanke der Arbeit.

Von Detailausführungen ist Folgendes hervorzuheben: Die Erstklage des §. 72 R. C. P. O. kann auch Feststellungsklage sein. In der

Digitized by Google

Frage nach dem Erlagsobjecte kommt der Autor zu demselben Resultate wie alle bisherigen Commentatoren (bis auf Endemann und Kleiner) — er lässt den Particularrechten das entscheidende Wort; hiebei wird die Literatur dieser Frage von Lauterbach an zusammengestellt. Den Eintritt des Prätendenten in den Streit hält der Verfasser im Sinne Wach's, dem ja auch Weismann und von den Commentatoren namentlich Gaupp beipflichten, für eine Hauptintervention. Bei dieser Gelegenheit lässt er die Theorien, welche über Principal- und Nebenintervention bisher aufgestellt worden sind, kritisch Revue passiren. Er verlangt für den Eintritt des Prätendenten überall die schriftliche Form. Wo dies praktische Schwierigkeiten bereiten würde, soll uns das Bewusstsein, consequent vorgegangen zu sein, trösten. Referent hält die diesbezügliche Argumentation (S. 38) für nicht zutreffend, wenn er auch vollauf einverstanden ist mit den Einwürfen, welche der Beweisführung Kohler's in dieser Frage gemacht werden. Kohler will nämlich die mündliche Form für den Eintritt des Intervenienten überall genügen lassen; hauptsächlich deshalb, weil das dem — englischen Interpleader-Verfahren entspricht.

So selbstverständlich es klingt, dass „mit der Anwendung der im englischen Interpleader-Verfahren gebräuchlichen Methode auf zweifelhafte Stellen des deutschen Verfahrens nichts anzufangen ist" (S. 37), so sind diese Worte des Autors doch nothwendig angesichts des Umstandes, dass einer der hervorragendsten Juristen rechtsvergleichende Studien zu Zwecken benützt, zu welchen sie nie mit dem Erfolge, wissenschaftliche Wahrheit zu erforschen, werden benützt werden können: zur Detailforschung. Eine neue Schrift nennt es „naturrechtliche Methode, „wenn" die behufs Beurtheilung einer Rechtsfrage erforderliche Norm . . . . aus den Quellen eines fremden Rechtsgebietes statt aus dem einheimischen geschöpft wird". (Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I, S. 141.) Auf den Namen, welchen man dieser Methode beilegt, kommt es nicht an; sicher ist aber, dass ihre Anwendung auf die Detailforschung ebensoviel Unheil in der Jurisprudenz anrichten kann, als die wirkliche naturrechtliche Methode. Was Bacon als Vorwurf aussprach, ist heute eine Mahnung an die rechtsvergleichenden Juristen: *e vinculis sermocinari!*

Leider muss auch der Referent dieselbe beherzigen und, soviel sich auch hier sagen liesse, an die Fesseln, die ihm das Referentenamt auferlegt, denken.

Von den weiteren Detailfragen, welche Mendelssohn-Bartholdy bespricht, scheint mir die nach dem Charakter des Entlassungsbescheides die wichtigste. Ist er Endurtheil oder Zwischenurtheil? Bekanntlich haben die sämmtlichen Commentatoren sich der ersten Ansicht zugeneigt. Sie sehen sich dann gezwungen, einer ihrer Ansicht nach dem Processrechtsverhältnisse gänzlich fernstehenden Person Kosten zuzuerkennen, die allein in diesem Rechtsverhältnisse

Digitized by Google

begründet sind; sie müssen sogar eine gänzlich aus dem Processrechtsverhältnisse entlassene Person einen Antrag im Processe stellen lassen. Der Autor hält den Entlassungsbescheid (mit Wach) für ein Zwischenurtheil, die Entlassung selbst für keine volle Absolution, sondern für eine blosse Entbindung von der Defensionspflicht, was dem Grundgedanken der ganzen Arbeit — §. 72 habe blos processuale Wirkung — vollkommen entspricht. Diesen consequent durchführend kommt der Verfasser zum Resultat, dass die Deposition nach §. 72 nicht liberirt. Durch Aufzeigung der Folgen, welche einerseits die processrechtliche, andererseits die privatrechtliche Auffassung dieser Deposition hat, werden die beiden Constructionen klar und scharf differenzirt. Bei aller Anerkennung dieses Umstandes muss Referent hervorheben, dass die Ansicht der Gegner der processualen Construction nach seiner Ansicht den Bedürfnissen der Praxis mehr entgegen kommt als die ihrer Vertreter, wenn er auch zugeben muss, dass sie der Systematik des deutschen Civilprocessgesetzes widerspricht.

Wien, im Mai 1898. Dr. Berthold Pick.

Digitized by Google

Literatur-Uebersicht.

(Angelegt von Dr. Leopold **Sternlicht.**)

1897—1898.

(Vom 1. Juli 1897 bis 30. Juni 1898.)

I. Allgemeine Rechtslehren und Rechtsgeschichte.

Amira, Parl v., Grundriss des germanischen Rechts. 2. Aufl. (Aus: „Paul's Grundriss der germanischen Philologie." 2. Aufl.) gr. 8. VI, 184 S. Strassburg, K. J. Trübner. M. 4.

Bachofen, Appell.-R. J. J., Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur. 2. Aufl. Mit 9 Steindr.-Taf. u. e. ausführl. Sachregister. gr. 4. XI, 440 S. Basel, B. Schwabe. M. 16

Behrend, J. Fr., Lex salica. 2. Aufl. v. Rich. Behrend. gr. 8. XII, 236 S. Weimar, H. Böhlau's Nachf. M. 4.50.

Brunner, z. Z. Rect. Heinr., Der Leihezwang in der deutschen Agrargeschichte. Rede zur Gedächtnissfeier König Friedrich Wilhelm III. 4. 24 S. Berlin, J. Becker. M. 1.

Burckhardt, Dr. B., Juristisches Breviarium. Taschenbuch für Studirende der Rechte. 2. Aufl. 8. XII, 300 S. Leipzig, F. Fleischer. M. 5.

Calker, Prof. Dr. Fritz van, Politik als Wissenschaft. Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Maj. des Kaisers. gr. 8. 46 S. Strassburg, J. H. E. Heitz. M. 1.

Conrat (Cohn), Prof. Dr. Max, Die Christenverfolgungen im römischen Reiche vom Standpunkte des Juristen. gr. 8. 2 Bl., 80 S. Leipzig, J. C. Hinrich's Verl. M. 2.

Ficker, Jul., Untersuchungen zur Rechtsgeschichte. 3. Bd. 2. Abth. Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte. 3. Bd. 2. Abth. gr. 8. S. 239—638. Innsbruck, Wagner. M. 11.20.

Fortescue, Sir John, De laudibus legum Angliae, ein Gespräch aus dem 15. Jahrhundert über die Vorzüge des englischen Rechts, aus dem Lateinischen übertragen von Oberrealsch.-Prof. Dr. Walt. Parow. Progr. 4. 33 S. Berlin, R. Gaertner. M. 1.

Gaertner, G., Argoe. Kritischer Wegweiser durch die juristische Literatur für Studirende. 2. Aufl. 12. 67 S. Berlin, J. Räde. M. —.80.

Katalog der Bibliothek des Reichs-Justizamts. 2. Ausg. gr. 8. LXV S., 1208 Sp. u. S. 1209—1308. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 16.

Koehne, Dr. Carl, Die Wormser Stadtrechtsreformation vom Jahre 1499. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Stadtrechte und der Reception des römischen Rechtes in Deutschland. I. Th. gr. 8. VIII, 67 S. Berlin, Speyer & Peters. M. 1.60.

Lotmar, Prof. Phpp., Die Freiheit der Berufswahl. Rectoratsrede. gr. 8. 47 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 1.

Digitized by Google

Merkel, Prof. Dr. Johs., Heinrich Husanus. (1536 bis 1587.) Herzoglich sächs. Rath, mecklenburg. Kanzler, lüneburg. Syndicus. Eine Lebensschilderg. gr. 8. V, 403 S. m. 2 Abbildgn. Göttingen, L. Horstmann. M. 12.

Mühlbrecht, Otto, Uebersicht der gesammten staats- u. rechtswissenschaftlichen Literatur des Jahres 1897. 30. Jahrg. (Buch-Ausg. der Allg. Bibliographie für Staats- u. Rechtswissenschaften.) gr. 8. XXXI, 267 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 6.

Rockinger, Dr. Ludw. Ritter v., Berichte über die Untersuchung von Handschriften des sogenannten Schwabenspiegels. XVI. (Aus: Sitzungsber. d. k. Akad. d. Wiss.") gr. 8. 82 S. m. 1 Karte. Wien, C. Gerold's Sohn in Comm. M. 2.50.

Schellhas, Amtsricht. Dr. Paul, Was fordert unsere Zeit vom Richterstande und der Rechtspflege? 2. [Titel-]Aufl. (von: Sch., Ideale u. Idealismus im Recht). 8. VIII, 116 S. Leipzig, W. Friedrich. M. 2.

Sohm, Prof. Rud., Die socialen Aufgaben des modernen Staates. (Aus: „Cosmopolis.") gr. 8. 32 S. Leipzig, O. de Liagre. M. —.50.

Stadtrechte, oberrheinische. Hrsg. v. der bad. histor. Commission. 1. Abth.: Fränkische Rechte. 4. Hft. gr. 8. Heidelberg, C. Winter.

4. Miltenberg, Obernburg, Hirschhorn, Neckarsteinach, Weinheim, Sinsheim und Hilsbach. Bearb. v. Rich. Schröder und Carl Röhne. S. 299—466. M. 6.

Werunsky, Prof. Dr. Emil, Oesterreichische Reichs- u. Rechtsgeschichte. Ein Lehr- u. Handbuch. 3. Lfg. gr. 8. S. 161—240. Wien, Manz. M. 1.60.

Zallinger, Prof. Dr. Otto v., Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht. Ein Vortrag. gr. 8. III, 35 S. Wien, Manz. M. —.80.

II. Römisches Recht.

Basilicorum libri LX. Vol. VII. Editionis Basilicorum Heimbachianae supplementum alterum. Reliquias librorum ineditorum ex libro rescripto Ambrosiano ediderunt Antecessor E. C. Ferrini, Dr. J. Mercati. Praefationem, versionem latinam, notas, appendices addidit E. C. Ferrini. gr. 4. XV, 256 S. Leipzig, J. A. Barth. M. 30.

Chlamtacz, Dr. Marcell, Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht. gr. 8. IX, 205 S. L. Lemberg, Gubrynowicz & Schmidt. M. 5.

Desminis, Demosthenes D., Die Eheschenkung nach römischem und insbesondere nach byzantinischem Recht. gr. 8. X, 52 S. Athen, Barth & v. Hirst in Comm. M. 1.60.

Frenzel, Amtsricht. Geo., Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio. Ein psycholog. Versuch. gr. 8. V, 51 S. Leipzig, Breitkopf & Härtel. M. 1.

Friedemann, Kammerger.-Ref. Dr. Adf., Die Selbsthilfe in rechtshistorisch dogmatischer Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts. gr. 8. V, 34 S. Berlin, R. L. Prager. M. 1.

Kipp, Prof. Teodoro, Le fonti del diritto romano. Introduzione allo studio delle istituzioni e della storia del diritto romano. Traduzione italiana per cura di Prof. Giovanni Pacchioni. gr. 8. VIII, 120 S. Leipzig, A. Deichert Nachf. M. 1.80.

Ossig, Dr. Alfr., Römisches Wasserrecht. gr. 8. IX, 194 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 4.40.

Pfaff, Prof. Dr. Ivo, Ueber den rechtlichen Schutz des wirthschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung. gr. 8. 88 S. Weimar, E. Felber. M. 2.

Sohm, Prof. Rud., Institutionen. Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts. 7. Aufl. der „Institutionen des römischen Rechts". gr. 8. XVI, 563 S. Leipzig, Duncker & Humblot. Geb. in Halbfrz. M. 11.60.

Digitized by Google

Wolff, Refer. Max, Zur Kritik der Lehre vom Eigenthumserwerb durch Specification im römischen Recht. Diss. gr. 8. 37 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Wredre, Dr. Rich., Leitfaden der Institutionen des römischen Rechts. 2. Aufl. gr. 8. IV, 44 S. Berlin, Mayer & Müller. Cart. M. — 80.

III. Civilrecht und Civilprocess.

Apfelbaum, Dr. Ign., Der Hypothekarcredit und die neue Executionsordnung. (Aus „Gerichtshalle".) gr. 8. 12 S. Wien, M. Breitenstein. M. —.35.

Baltz-Balzberg, Landesger.-Adjunct Hugo v., Das Recht des Hausbesitzers im Mieth-Vertrage. gr. 8. III, 61 u. IV. S. Wien, M. Perles. M. 1.20.

Barre, Landger.-Dir. Ernst, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil. Vergleichende Darstellg. des deutschen u. französ. bürgerl. Gesetzbuchs. 2. Aufl. gr. 8. X, 328 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 6; geb. M. 7.

Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Processgesetze vorgelegt wurden. (Verordnung des Justizministeriums vom 3. Dec. 1897, Z. 25.801, J. M. V. Bl. Nr. 44.) Lex. 8. V, 138 S. Wien, Hof- und Staatsdruckerei. M. — .40.

Beck, em. Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Berthold, Zehn Abhandlungen zum neuen österreichischen Civilprocessrecht. gr. 8. VII, 122 S. Wien, M. Perles. M. 3.

— — Fünf Capitel über Vollzugsverordnungen und Verlautbarungen zu den österreichischen Civilprocessgesetzen gr. 8. 36 S. Wien, M. Perles. M. 1.20.

Bender, Jul., Bürgerliches Gesetzbuch. Repetitorium u. Examinatorium. 1. Hft. Einleitung. — Allgemeiner Th. 8. VIII, 111 S. Leipzig. G. H. Wigand. M. 2; geb. M. 2.60.

Bendix, Rechtsanw. B., Das deutsche Privatrecht, auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches systematisch dargestellt. (In 3 Abthlgn.) 1. Abth. Einleitung und Allgemeiner Th. gr. 8. VIII, 215 S. Breslau, J. U. Kern's Verl. M. 4.

Bernhardi, 1. Staatsanw. Heinr., Handwörterbuch zum bürgerlichen Gesetzbuch. 8. VI, 366 S. Berlin, F. Vahlen. M. 6; geb. 7 M.

Boehm, Rechtsanw. Not. J., Das Vormundschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Für den prakt. Gebrauch dargestellt. gr. 8. VI, 253 S. Hannover, Helwing. M. 4.

Böttger, Hugo, Geschichte und Kritik des neuen Handwerkergesetzes vom 26. Juli 1897. Mit 19 Tabellen u. e. Anlage: Vergleichende Gegenüberstellg. des Regierungsentwurfes u. des endgilt. Gesetzes. gr. 8. XII, 408 S. Florenz, E. Diederichs. M. 6.

Bolze, Reichsger.-R. A., Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. 22. Bd. gr. 8. XIII, 466 S. Leipzig, F. A. Brockhaus. M. 6; geb. M. 7.

Bunsen, Ob.-Amtsricht. Fr., Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Ein Leitfaden zum Selbstunterricht. 3. (Schluss-) Bd. Familienrecht. — Erbrecht. — Sachregister. 8. X, 500 S. Rostock, W. Werther. Geb. in Leinw. M. 6.

Cohn, Prof. Dr. Geo., Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen. II. Recht der Schuldverhältnisse. 8. IV, 191 S. Berlin, O. Liebmann. Cart. M. 3.

Crome, Prof. Dr. Carl, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge. gr. 8. XII, 555 S. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr. M. 9.60.

Danz, Prof. Oberlandesger.-R. Dr., Laienverstand und Rechtsprechung (§§ 157, 242 B G. B.) (Aus „Ihering's Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürgerl. Rechts".) gr. 8. IV. 128 S. Jena, G. Fischer. M. 2.50.

Daubenspeck, Reichsger.-R. H., Bergrechtliche Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts 1892—1898, gr. 8. IV, 295 S. Berlin, F. Vahlen. M. 6.

Davidson, Refer. Karl Aug., Schuldübernahme als Zahlung. Diss. gr. 8. 47 S. Breslau, Schletter. M. —.80.

Demelius, Prof. Dr. Ernst, Der neue Civilprocess. Jurisdictionsnorm und Civilprocessordnung sammt Einführungsgesetzen. Sammt einen Anhang, ent-

Digitized by Google

haltend die übrigen einschlägigen Gesetze und Verordnungen. Für den praktischen Gebrauch erläutert. In 10 Lfg. gr. 8. 48 S. Wien, M. Breitenstein. M. —.75.

Duschenes, Adv. Dr. Friedrich, Die Rechtsmittel im neuen Executionsverfahren. Prag, J. B. Brandeis. 51 S. M. 1.20.

Ebert, Amtsger.-R. E., Das amtsgerichtliche Dezernat. Beispiele und Verfügungs-Entwürfe für die gesammte amtsrichterliche Thätigkeit nach Reichs- und Landesrecht unter Anführung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. 3. Aufl. gr. 8. XXIV, 623 S. Breslau, M. & H. Marcus. Geb. in Leinwand M. 10.

Ebert, Hilfsr. Eug., und Heinrich Dudek, Amtsger.-Räthe, Gesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit erläutert. gr. 8. XIII, 185 S. Breslau, M. & H. Marcus. Geb. M. 2.40.

Eckstein, Dr. Josef, Die Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Executionstitel im österreichischen Recht. 71 S. Prag, Brandeis. M. 1.20.

Endemann, Prof. Dr. F., Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. und 4. Aufl. 2. Th. Recht der Schuldverhältnisse. gr. 8. 1. Bd. XVI, S. 401—995. Berlin, C. Heymann's Verlag. M. 7.50 (1. und 2.) = 1. Bd.: M. 12.50; in 1 Halbfranzband M. 15.

Engelmann, Oberlandesger.-R. A., Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechtes, historisch und dogmatisch dargestellt. 1. Heft. gr. 8. S. 1—160. Berlin, J. J. Heine. M. 2.50.

Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Civilsachen. Sammlung, begründet von Dr. R. Nowak, fortgesetzt von DD. Ed. Coumont und Carl Schreiber. 9. Bd. 12. IV, 525 S. Wien, Manz. M 4.60.

— des Reichsgerichtes. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Entscheidungen in Civilsachen. 38. und 39. Bd. gr. 8. XII, 457 und 468 S. Leipzig, Veit & Co. à M. 4; geb. M. 5.

Fidler, Amtsger.-R. Dr. F.: Leitfaden zur Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze für Gerichtsschreiber. In 2 Theilen. 1 Th. gr. 8. 148 S. Berlin, J. Guttentag. M. 2.

Förster, Dr. Frz., Preussisches Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von F. bearbeitet von Dr. M. E. Eccius. 4. (Schluss-) Bd. 7. Aufl. (4. der neuen Bearbeitung. gr. 8. XXIV, 887 S. Berlin, G. Reimer. M. 14; geb. in Halbfrzbd. M. 16.50.

Formularienbuch zur Civilprocessordnung und Executionsordnung. Herausgegeben vom k. k. Justizministerium. gr. 8. XXXII, 322 S. Wien, Manz in Comm. M. 3.60; geb. M. 4.60.

— zur Executionsordnung. Anhang für die Verfachbuchländer. Herausgegeben vom k. k. Justizministerium. gr. 8. XV, 59 S. Wien, Manz in Comm. M. 1.32.

Fränkel, Rechtsanw. Arnold: Das Mieth- und Pfandrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Zum praktischen Gebrauch bearbeitet. gr. 8. VIII, 139 S. Berlin, O. Liebmann. Cart. M. 3.

Frühwald, Landesger.-R. Bez.-Ger.-Vorst. Dr. Carl., Handbuch für die civilgerichtliche Thätigkeit der k. k. Bezirksgerichte nach den neuen Processgesetzen. gr. 8. XI, 652 S. Wien, Manz. M. 9.

Fürstl, Landesger.-R. Dr. Carl v., Die neuen österreichischen Civilprocessgesetze mit Erläuterungen. gr. 8. 1050 S. Wien, M. Perles. M. 20; geb. M. 22.

Gareis, Geh. Justiz-R. Prof. Dr. C., Deutsche Reichsgesetze in Einzel-Abdrücken. Mit Inhalts-Verzeichniss und ausführlichen Sachregistern. 7. Bd. gr. 8. Giessen, E. Roth. M. 3; geb. in Leinw. M. 4.

7. Gesetzbuch, bürgerliches, nebst Einführungsgesetzen. Mit einführl. Einleitung, kurzen erläuternden Anmerkungen und ausführlichem Sachregister. 2. Aufl. XXIV, 508 S.

Digitized by Google

Gaupp, Dr. L., Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, nebst den auf den Civilprocess bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und den Einführungsgesetzen. Erläutert von Gaupp. 3. Aufl. Unter Mitwirkung von Prof. Dr. Friedrich Stein bearbeitet. Lex.-8. 2 Bd. XII, 773 S. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr. M. 32; geb. M. 37.

— —, VII. Anh. Grengel, Landricht Dr Frz, Die auf den Civilprocess bezüglichen Normen des königl. sächsischen Landesrechts. Im Anschluss an die Reichscivilprocessordnung dargestellt. VII, 144 S. M. 4; geb. M. 5.

Gierke, Otto, Die Bedeutung des Fahrnissbesitzes für streitiges Recht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. VIII, 72 S. gr. 8. Jena, G. Fischer. M. 2.

Gmelin, Landricht. Dr. J. G., Die Vollstreckbarkeit nach Reichscivilprocessrecht. gr. 8. VIII, 106 S. Tübingen, H. Laupp. M. 2.40.

Grotefend, Geh. Reg.-R. G. A., Das gesammte preussisch-deutsche Gesetzgebungs-Material. Jahrg. 1897. gr. 8. 603 S. Düsseldorf, L. Schwann. M. 9.25; geb. M. 10.50.

Grünewald, Geh. Justiz-R. Ed., und Landger.-R. Hugo Freudenthal, Grundriss zur Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch. gr. 8. VIII. 403 S. München, C. H. Beck. Geb. in Leinw. M. 5.

Gürgens, Dr. Heinrich, Weitere Bemerkungen zur Frage der rechtlichen Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern. gr. 8. Riga, Jonck & Poliewsky. M. 1.35.

— —, Ueber die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern nach baltischem Privatrecht. gr. 8. 31 S. Riga, Jonk & Poliewsky. M. 1.20.

Haberland, Georg, Der Schutz der Bauhandwerker. Kritik des neuesten Gesetzentwurfes betreffend die Sicherung der Bauforderungen. gr. 8. 39 S. Berlin, Thormann & Goetsch. M. —.30.

Hafner, Bundesricht. Dr. H., Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister. 2. Aufl. II. Abth. 8. IV, S. 193—330. Zürich, Art. Institut Orell Füssli. M. 2.

Hager, Dr. Paul, Familienfideicommisse. gr. 8 VII, 60 S. Jena, G. Fischer. M. 1.20.

Haidlen, Landger.-R. Dr., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Lex.-8. 3. Bd. VI, S. 385—813. 4. Bd. VI, 616 und Inhaltsübersicht 181 S. Stuttgart, W. Kohlhammer. M. 17.30. (Complet M. 44.)

Hasler, Dr. Carl, Das eheliche Güterrecht im internationalen Privatrecht. gr. 8. VII, 95 S. Zürich, F. Schulthess. M. 1.60.

Heilfron, Amtsr. Dr. Ed., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 1. Th. Rechtsgeschichte. 2. Abthg. A. u. d. T.: Deutsche Rechtsgeschichte. Staatsrecht. Kirchenrecht. 3. Aufl. 8. XI, 845 S. Berlin, Speyer & Peters. Geb. in Leinw. M. 8.

— —, II Th. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Abth.: Allgemeiner Theil. 8. X, 660 S. Berlin, Speyer & Peters. Geb. in Leinw. M. 7.

Heinsheimer, Amtsricht. Dr. Carl, Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch mit seinen Nebengesetzen und das badische Recht. In 5 Lfgn. 1. Lfg. gr. 8. IV, S. 1—93. Karlsruhe, G. Braun. M. 1.40.

Hellmann, Prof. Friedrich, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Allgemeiner Theil. gr. 8. IV, 241 S. Freiburg i B., J. C. B. Mohr. M. 5; geb. M. 6

Helwig, Refer. Rich., Die Entwicklungsgeschichte der Lehre vom unvollständigen Besitz nach preussischem Recht. Diss. gr. 8. 46 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Hennig, Amtsger.-Refer. Alfred: Die Anfechtbarkeit der Datio in solutum nach gemeinem und deutschem Reichsrecht. Diss. gr. 8. XIV, 78 S. Breslau, Schletter. M. 1.20.

Hergel, Staatsanw.-Substitut Dr. Eugen, Einrichtung und Geschäftsgang der Gerichte, nach der Justiz-Min.-Verord. v. 5. April 1897, R. G. Bl. Nr. 112

Digitized by Google

(Geschäftsordnung) anschaulich dargestellt. (Aus: „Allg. österr. Gerichts-Zeitung.“) gr. 8. 84 S. Wien, Manz. M. —.60.

Hofer, Notar.-Cand. Dr. Ch., Von der Gerichtsbarkeit in Geschäften ausser Streitsachen und der Zuständigkeit der Gerichte für bücherliche Eintragungen im Executionsverfahren. Eine kritische Darstellung der in Hinkunft geltenden jurisdictionellen Vorschriften. gr. 8. 50 S. Wiener-Neustadt, A. Folk. M. 1.

Horn, Dr. Rich., Rechte als Objecte des Pfandrechts. Eine Studie nach österreichischem Civilrecht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts. gr. 8. IV, 95 S. Teschen. (Wien, M. Perles.) M. 1.

Horten, Dr. Heinrich, Die Jurisdictionsnorm und ihr Einführungsgesetz. Ein Commentar. 1. Hälfte. gr. 8. IV, 212 S. Wien, Manz. M. 4.80.

Jacobi, Ger.-Assess. Ernst, Die Rechte des Sondernachfolgers in die Rechte aus dem Urtheile auf Herausgabe der vollstreckbaren Urtheilsausfertigung. Diss. gr. 8. 53 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Jaehner, Refer. Theodor, Eigenthumserwerb am Wilderergut. Diss. gr. 8. 52 S. Göttingen. Leipzig, G. Fock. M. 1.

Ihering, Rud. v., Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. 8. Aufl., mit Rücksicht auf das bürgerliche Gesetzbuch bearbeitet von Prof. Ferd. Regelsberger. 8. XI, 252 S. Jena, G. Fischer. M. 3.50; geb. M. 4.

— —, Die Jurisprudenz des täglichen Lebens. Eine Sammlung an Vorfälle des gewöhnlichen Lebens anknüpfender Rechtsfragen. 11. Aufl., mit Rücksicht auf das bürgerliche Gesetzbuch bearbeitet von Prof. Otto Lenel. 12. V, 132 S. Ebenda. Geh. M. 1.60.

Immerwahr, Priv.-Doc. Dr. Walter, Die Kündigung, historisch und systematisch dargestellt. gr. 8. VIII, 187 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. 6.

Jolles, Hof- und Ger.-Adv. Dr. Hermann, Die neue Advocaten-Praxis. Entwürfe zu allen Arten gerichtlicher Eingaben im Process- und Executionsverfahren. Mit einem Anhang, enthaltend die Vorschriften über Inhalt, Einrichtung und äussere Ausstattung der Schriftsätze, Actenbezeichnung, Gerichts- und Advocatengebühren und Expensenbestimmung. 1. u. 2. Aufl. gr. 8. à XII. 179 S. Wien, M. Perles. M. 4; geb. M. 5.

Jurisch, Conr. W., Grundzüge des Luftrechts. gr. 8. VII, 86 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 3.

Katz, Ger.-Refer. Adf., Zur Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. gr. 8. 85 S. Erlangen. Leipzig, Buchhandlung G. Fock. M. 1.50.

Katz, Landger.-R. Heinrich, Uebergangs-Bestimmungen zu den Civilprocess-Gesetzen. 2. Aufl. gr. Fol. 3 Bl. Wien. C. Konegen. M. 2.

Koch, Oberlandesger.-Ref. Carl, Ist das vor der Eheschliessung concipirte, in der Ehe geborene Kind ein eheliches und legitimirtes? Ueber den Beweis der Vaterschaft durch Präsumptionen und aus dem Reifegrad. Ein Beitrag zur Lehre von der Legitimatio per subsequens matrimonium. Diss. gr. 8. 64 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. 1.

Kockerols, Not. Dr., Die Notariats-Einrichtungen in Deutschland und Oesterreich. gr. 8. III, 105 S. Leipzig. C. E. M. Pfeffer. Cart. M. 2.

Krückmann, Priv.-Doc. Dr. Paul, Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches. Ein Lehrbuch für Anfänger. 1 Th. Enth.: Historische Einführung. Dogma-Einführung. Personenrecht. Recht der Schuldverhältnisse. Sachenrecht. gr. 8. XXIV, 277 S m. 1 Fig.-Taf. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht. M. 5.40.

— —, 2. (Schluss-) Th. Enth.: Rechtsgeschäfte des Rechtes der Schuldverhältnisse und des Sachenrechtes. Immaterialgüterrecht. Familienrecht. Erbrecht. Allgemeiner Theil. Internationales Privatrecht. gr. 8. XIX—XX u. S. 273 bis 560. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht. M. 4.60.

Kuhlenbeck, Rechtsanw. Dr. Ludw., Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des bürgerl. Rechts. I. Th., 2. Hälfte. XV, S. 265—587. B., C. Heymann's Verl. M. 7.

Digitized by Google

Kuhlenbeck, Rechtsanw. Dr. Ludw., Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts, in systemat. Folge dargestellt und kritisch besprochen. 6. Hft. gr. 8. 1. Th., IV u. 401—430 u 2. Th., S. 1 bis 48. Berlin, W. Moeser. M. 2.

Kuhlmann, Rechtsanw., Zeitgemässe Reform im Justizwesen. An prakt. Fällen erläutert. (In zwanglosen Heften.) 1. Hft. Ablehnungs- und Beschwerderecht. Die heutige Protokollirung in Gerichtssachen. gr. 8. 21 S. Hagen, H. Risel & Co. M. — 50.

Kuoni, Andr., Die einseitige Unverbindlichkeit des unter Irrthum, Betrug und Furchterregung abgeschlossenen Vertrages nach schweizerischem Obligationenrecht. (Versuch, die rechtliche Natur derselben zu erklären.) Diss. gr. 8. 114 u. II S. Chur, Hitz in Comm. M. 1.50.

Lazarus, Ger.-Assess. Dr. Joh., Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. gr. 8 XIV, 146 S. Berlin, O. Liebmann. M. 3.

Leonhard, Geh. Justizr. Prof. Dr. Rud., Die Vollendung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. (Aus „Rechtsgeleerd Magazijn".) gr. 8. 43 S. Marburg, N. G. Elvert's Verl. M. —.80.

Leske, Geh. Justizr., vortrag. Rath, Dr. Frz., Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des preussischen allgemeinen Landrechts. 1. Lfg. gr. 8. S. 1—192. Berlin, Liebmann. M. 3.

Liebknecht, Ger.-Refer. Carl, Compensationsvollzug u. Compensationsvorbringen nach gemeinem Rechte. Diss. gr. 8. VII, 127 S. Paderborn. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. Baar M. 1.60.

Linckelmann, Rechtsanw. Dr. Carl, Die Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. gr. 8. V, 120 S Berlin, C. Heymann's Verl. M. 3.

Liszt, Prof. Dr. Frz. v., Die Delictsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs. Kritische und dogmatische Randbemerkungen. gr. 8. VII, 114 S. Berlin, J. Guttentag. M. 2.80.

Maercker, Geh. Justizr., Die Nachlassbehandlung, das Erbrecht, Familienrecht und die Vormundschaftsordnung, nebst den auf diese Rechtsverhältnisse bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen, für das preussische Rechtsgebiet. 15. Aufl. gr. 8. XXI, 447 S. Berlin, R. v. Decker. Geb. in Leinw. M. 6.

Mandry, Prof. Gust., Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Systematisch zusammengestellt und verarbeitet. 4. Aufl. Besorgt v. Prof. Dr. Otto Geib. gr. 8. XVI, 656 S. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr. M. 14; geb. M. 15.

Manigk, Refer. Alfr., Hat der nachstehende Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs der Pfandsache? Diss. gr. 8. 50 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Meisner, Ob.-Landesger.-R. Dr. J., Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 2. Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse. Commentar zum 2. Buche des bürgerlichen Gesetzbuches. gr. 8. XVI, 317 S. Breslau, H. & C. Marcus. M. 5.

Mendelssohn-Bartholdy, Dr. Albr., Beiträge zur Auslegung des §. 72 der Civilprocess-Ordnung. (Ausgewählte Doctordissertationen der Leipziger Juristenfacultät.) gr. 8. 55 S. Leipzig, Veit & Co. M. 1.50.

Neumann, Dr. Geo, Das Verfahren nach der Civilprocessordnung vom 1. Aug. 1894, an Rechtsfällen dargestellt. 2. Aufl. gr. 8. V, 150 S., Wien, Manz. M. 3.

Niemeyer, Dr. L., Hamburger Privatrecht. 5 Th. gr. 8. XV, S. 517—734. Hamburg, W. Mauke Söhne. M. 3.50. Cpl. M. 14.50; geb. in Halbfrz. M. 16.

Nussbaum, Dr. Arth., Haftung für Hilfspersonen nach §. 278 b. G. B. im Vergleich mit dem gemeinen und Landesrecht. 95 S. Berlin, E. Ebering. M. 2.40.

Offenhuber, Landtaf.- u. Grundbuchs-Vice-Dir. Frz., Das öffentliche Buch. Grundbuch. Anleitung zur Führung des Grundbuches nach den neuesten österreichischen Gesetzen sammt Erläuterungen. 3. Ausg. gr. 8. IV, 377 S. Wien, A. Hölder. M. 2.40; geb. M. 3.

Digitized by Google

Ostermeyer, Rechtsanw. Not. Max, Blätter aus dem bürgerlichen Gesetzbuch, besprochen und mit dem im Gebiet des allgemeinen preussischen Landrechts geltenden Privatrecht verglichen. 3. u. 4. Hft. 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse. §§. 433—853. Einzelne Schuldverhältnisse. Sachregister. Quellenregister. gr. 8. S. 129—273. Leipzig, F. Luckhardt. à M. 1. 1. Bd. compl. M. 4.

Peisert, Refer. Curt, Der rechtliche Inhalt einer Geldschuld. Mit besonderer Berücksichtigung von Währungsänderungen. Diss. gr. 8. 36 S. Düsseldorf, L. Schwann. M. 1.

Petersen, Reichsger.-R. Dr. Jul., Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz. Für den prakt. Gebrauch erläutert. 3. Aufl. 5. u. 6. Lfg. gr. 8. 1. Bd. LXXXVII. S. 641—868. Lahr, M. Schauenburg. à M. 4

Pfeilschifter, II. Staatsanw. Dr. J., Das Bamberger Landrecht in systematischer Darstellung, nebst Anhang: Das Verhältniss des Bamberger Rechts zum bürgerlichen Gesetzbuch. gr. 8. XXI, 235 S. München, J. Schweizer Veil. M. 4.

Pfordten, Th. v. der, Das neue deutsche Civilrecht, in Einzeldarstellungen systematisch bearbeitet. Allgemeiner Th. gr. 8. X, 196 S. Fürth, G. Rosenberg. M. 3.15.

Pilch, Dr. Adf., Der Niessbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. gr. 8. 52 S. Berlin, Struppe & Winckler. M. 1.

Planck, wirkl. Geh.-R. Prof. Dr. G., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert v. P., in Verbdg. mit Reichsger.-R. a. D. Dr. A. Achilles, Prof. Dr. F. André, Amtsricht. M. Greiff, Ger.-Assess. F. Ritgen, Staatsanwalt Dr. K. Unzner. 3. Lfg gr. 8. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, S. 2—224. Berlin, J. Guttentag. M. 4.50.
4. Lfg. gr. 8. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. S. 225—408. M. 4.20.

Pollak, Adv. Dr. Arnold, Kurze Darstellung des ordentlichen Processganges nach der neuen Civilprocessordnung. 55 S. Prag, J. B. Brandeis. M. 1.

Priester, Refer. Dr. Osk., Ipso iure compensatur. Civilrechtliche Studie als Versuch endgiltiger Lösung der Ipso-Iure-Frage. gr. 8. VIII, 68 S. Frankfurt a. M., J. Baer & Co. M. 1.50.

Protokolle der Commission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearb. von DDr. Reichsger.-R. a. D. Achilles, Geh.-R. Gebhard, Kammerger.R. Spahn, 2. u. 3. Lfg. gr. 8. 1. Bd. XVI, S. 279—803, 4. Bd., S. 1—448. Berlin, J. Guttentag. M. 4.35.

— — dasselbe. 1. Bd. Allgemeiner Theil u. Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II, Tit. gr. 8. XVI, 803 S. Ebd. M. 3.60.

Raatz, Rechtsanw. Dr. Frz.: Die Miete von Räumen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Ein Beitrag zur Einführung in das bürgerliche Gesetzbuch. gr. 8. 67 S. Berlin, Deutscher Verlag. M. —.75.

Raeder, Amtsger.-R. Dr., Examinatorium des bürgerlichen Rechts. gr. 8. III, 246 S. Gebweiler, J. Boltze. M. 6.

Reatz, Rechtsanw. Justizr. Dr. Ferd., Das bürgerliche Gesetzbuch, für das deutsche Volk erläutert. Mit Einführungsgesetz u. ausführl. Sachregister. 9.—12. Hft. gr. 8. VIII; S. 385—552. Giessen, E. Roth. à M. —.50; compl. M. 6; geb. in Leinw. M. 7·50.

Richter, Amtsger.-R., aufsichtsführ. Richt. Otto, Das Vormundschaftsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläuterung des 3. Abschnittes, 4. Buches des bürgerlichen Gesetzbuches. 8. XI, 526 S. Leipzig, G. Weigel. M. 8; geb. M. 9.50.

Ritter, Prof. Dr. Chr., Das Recht an Strassen nach Entscheidungen des Reichsgerichts. gr. 8. 61 S. Dessau, R. Kahle. M. 1.

Roth, Paul v., Bayrisches Civilrecht. 2. Th. 2. Aufl. v. Heinr. Becher. 1. Halbbd. gr. 8. VI, S. 388. 2. Abth. gr. 8. VI, 482 S. Tübingen, H. Laupp. M. 8 u. M. 10.

Digitized by Google

Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes. Hrsg. von Leop. Pfaff, Jos. v. Schey und Vinc. Krupsky. 31. Bd. (Mit dem Verzeichnisse der Gesetzesstellen u. dem systematischen Register f. Bd. XXXI.) gr. 8. 671 S. Wien, Manz. M. 10.

Sayn, Ger.-Assess. O., Die Leibzucht des überlebenden Ehegatten nach den Rechten des vormaligen Justizsenats Ehrenbreitenstein und dem Rechte des vormaligen Herzogthums Nassau. gr. 8. VII, 143 S. Neuwied, Heuser's Verl. M. 3.

Schauer, Minist.-Secr. Dr. Hugo, Die Gerichtsorganisations-Gesetze und die neue Geschäftsordnung sammt allen Durchführungsverordnungen zu den Civilprocessgesetzen und den bezüglichen älteren Gesetzen und Verordnungen. 8. XVI, 1126 S. Wien, Manz M. 6; geb. M. 7.

— —, Die Executions-Ordnung vom 27. Mai 1896, R. G. Bl. Nr. 79, sammt dem Einführungsgesetze vom 27. Mai 1896, R. G. Bl. Nr. 78, und den in Geltung verbliebenen bezüglichen Gesetzen und Verordnungen. Mit Erläuterungen aus den Materialien und durch Verweisung auf im Zusammenhange stehenden Bestimmungen und einem ausführlichen Register. 2. Aufl. 8. XII, 773 S. Wien, Manz. M. 6.

Scherer, Rechtsanw. Dr. M., Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. B. G. B. II. Buch. (§§ 241—853.) 3. Heft. (§§ 433—530.) gr. 8. S. 449—672. Erlangen, Palm & Enke. M. 3.

Schiffner, Prof. Dr. Ludwig, Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. gr. 8. XII, 192 S. Jena, G. Fischer. M. 6.

Schmidt, Prof. Dr. Richard, Lehrbuch des deutschen Civilprocessrechts. gr. 8. XVI, 956 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 18; geb. M. 20.

Schneider, Prof. Dr. A., Das schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes, betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, mit allgemein fasslichen Erläuterungen herausgegeben unter Mitwirkung von Prof. Dr. H. Fick. 2 Ausgabe durch Dr. A. Schneider. 2. Bd. gr. 8. IV, S. 545—1142. Zürich, F. Schulthess. M. 8. (Compl. M. 15; Einbde. à M. 1.20.)

Schneider, Amtsger.-R. Hermann, Zum Bauhandwerkergesetz. Vorschläge zur Abänderung des Regierungs-Entwurfes vom 15. December 1897. 8. 32 S. Berlin, J. Guttentag. M. —.40.

Schnitzer, Lyc.-Prof. Dr. Josef, Katholisches Eherecht. Mit Berücksichtigung der im Deutschen Reich, in Oesterreich, der Schweiz und im Gebiete des Code civil geltenden staatlichen Bestimmungen. 5. Aufl. des Werkes: J. Weber, Die cannonischen Ehehindernisse. gr. 8. XI, 681 S. Freiburg i. B., Herder. M. 7.50; geb. in Halbfrz. M. 9.50.

Schott, Refer. Richard, Ueber Cession von Correalobligationen. Ein Beitrag zur Correalitätslehre nach römischem und gemeinem Recht, dem bürgerlichen Gesetzbuch und preuss. Landrecht. Diss. gr. 8. 102 S. Breslau, Schletter. M. 1.30.

Schrutka Edl. v. Rechtenstamm, Prof. Dr. Emil, Die neue österreichische Civilprocess-Gesetzgebung. Text-Ausgabe, unter Einfügung der unberührt bleibenden älteren Vorschriften, mit Bezeichnung der zusammenhängenden Stellen, Verweisungen auf die Entwürfe und einem Sachregister. 2. Aufl. Ergänzt durch das Gerichtsorganisationsgesetz, die Gewerbegerichtsordnung, die Geschäftsordnung für die Gerichte und die Durchführungsvorschriften von Adv. Dr. Josef Eckstein. 8. XII, 1463 S. Wien und Prag, F. Tempsky — Leipzig, G. Freytag. Geb. in Leinw. M. 15.

— —, Ergänzungsband, enthaltend den Advocatentarif, die Gebührenverordnungen und die Erläuterungen des Justizministeriums zu den Civilprocessgesetzen. 8. III, 258 S. Geb. in Leinw. M. 3.

Schultze, Rechtsanw. Gustav, und Assess. Dr. Fritz Schultze, Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. I—XXXVIII der von den Mitgliedern des Gerichtshofes veranstalteten Sammlung, in abge-

Digitized by Google

kürzter Form und in systematischer Ordnung herausgegeben. I. Bd.: Civilrecht. Buch I und II: Allgemeine Lehren und Recht der Schuldverhältnisse. gr. 8. XI, 1316 S. Leipzig, H. Haessel. M. 21; geb. M. 24.

Schwartz, Dr. Joh. Chrph., Vierhundert Jahre deutscher Civilprocess-Gesetzgebung. Darstellungen und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte. gr. 8. XII, 809 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 20.

Schwarze, Amtger.-R. W.. Die deutsche Grundbuchordnung, für die Praxis bearbeitet. gr. 8. VI, 129 S. Berlin, F. Vahlen. M. 2.60; geb. M. 3.40.

Schwedler, Landger.-Refer. Dr. Gustav, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. gr. 8. VIII, 180 S. Halle, M. Niemeyer. M 4.50.

Siméon, Ger.-Assess. Dr. P., Die Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897. Zur Einführung in das Grundbuchswesen des Deutschen Reiches in den Grundzügen dargestellt. gr. 8. 40 S Berlin, J. Guttentag. M. 1.

Specka, Dr. Gustav, Die Conventionalstrafe als Interessenersatz. gr. 8. 52 S. Berlin, Struppe & Winckler. M. 1.

Stammler, Prof. Dr. Rud., Prakticum des bürgerlichen Rechts für Vorgerücktere zum akademischen Gebrauch und zum Selbststudium. 8. VIII. 276 S. Leipzig, Veit & Comp. Geb. in Leinw. M. 5.60.

— —, Uebungen im bürgerlichen Recht für Anfänger zum akademischen Gebrauch und zum Selbststudium. 1. Th. Einleitung. Allgemeiner Theil. Recht der Schuldverhältnisse. Mit 1 Karte des im Deutschen Reiche geltenden Privatrechts. 8. XII, 372 S. Leipzig, Veit & Comp. Geb. in Leinwand M 8.

— —, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. gr. 8. XIV, 262 S. Berlin, J. Guttentag. M. 5.50.

Staudinger, Dr. Julius v., Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. In Gemeinschaft mit Prof. Dr. Thdr. Löwenfeld, Landger.-R. Phpp. Mayring, Amtsricht. Carl Kober, II. Staatsanw. Dr. Thdr. Engelmann, Rechtsanw. Dr. Felix Herzfelder, Oberlandesger.-R. Abg. Josef Wagner herausgegeben von Sen.-Präs. a. D. Dr. Julius von Staudinger. 1. Lfg. gr. 8. München, J. Schweitzer Verlag.

1. IV. Bd. Engelmann, Dr. Th.: Familienrecht (§§ 1297—1362). — Staudinger, Dr. J. v., Eheliches Güterrecht (§§ 1363—1417). 160 S. M. 3

— —, Das Vereinsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. In seinen Grundzügen dargestellt. Mit dem einschlägigen Gesetzestexte. Aus „Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung". gr. 8. IV, 83 S. Erlangen, Palm & Enke. M. 1.20.

Stein, Frdr., und Rich. Schmidt, Proff., DD., Actenstücke zur Einführung in das Processrecht. Civilprocess. Bearbeitet von Frdr. Stein. 3. Aufl. 2. Heft. Lex. 8. VIII. S 81—168. Leipzig, C. L. Hirschfeld. M 1.

Stobbe, Otto, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Bd. 3. Aufl. Neu bearbeitet von Prof. H. O. Lehmann. Urheberrecht. — Forderungsrecht. Mit 1 Tabelle: Systematische Uebersicht der Obligationen. gr. 8. VIII, 570 S. Berlin, Besser. M. 11; geb. in Halbfrz. M. 12.50.

Stölzel, Adolf, Schulung für die civilistische Praxis. 1. Th. 3. Aufl. gr. 8. XXVI, 395 und Beilageheft 28 S. Berlin, F. Vahlen. M. 8; geb. M. 9.

— —, 2. Th. Zur Lehre von der Eventualaufrechnung. gr. 8. XI, 312 S. M. 6; geb. M. 7.

Strohal, Prof. Dr. Emil, Der Sachbesitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Aus „Aus Ihering's Jahrb. f. d. Dogmatik des bürgerlichen Rechts". gr. 8. 137 S. Jena, G. Fischer. M. 3.

Stross, Hof- und Ger.-Adv. Dr. Eman., Das Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz bis zum Urtheile mit Ausschluss der Lehre von den Beweismitteln. (Klage, Klagebeantwortung, vorbereitetes Verfahren und

Digitized by Google

Streitverhandlung sammt Formularien und vorbereiteten Schriftsätzen.) 4 Vorträge. gr. 8. XX, 120 S. Wien, Manz. M. 3.

Strübe, Rechtsanw. Const., Das bürgerliche Gesetzbuch. Eine systematische Darstellung. gr. 8. XI, 503 S. Freiburg i. B., Lorenz & Waetzel. Geb. in Leinw. M. 5.50.

Tentler, Dr. Paul, Die juristische Construction der Versteigerung unter Berücksichtigung des § 156 des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. gr. 8. 34 S. Berlin, Struppe & Winckler. M. 1.

Titze, Dr. Heinr., Die Notstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung. gr. 8. VII, 130 S. Leipzig, Veit & Co. M. 3.20.

Trutter, Dr. Jos, Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung. II. Th. Besonderer Th 4. Lfg. (Schluss.) gr. 8. IX—XIV und S. 545—680. Wien, M. Perles. M. 3.20.

Unger, Oberlandesger.-R. A, Handbuch des im Herzogthum Sachsen-Meiningen geltenden partikularen Privatrechts. 3. (Schluss-)Bd. gr. 8. VII, 436 S. Hildburghausen, Kesselring. M. 10.

Wachtel, Adv. Dr. Jak., Erläuterungen zur Civilprocess-Ordnung vom 1. August 1895, R. G. Bl. Nr. 113 und den einschlägigen Gesetzen. gr. 8. VIII, 544 S. Wien, M. Perles. M. 10.

Wagner, Adv. Ign., Das kroatische Anfechtungs-Gesetz vom 24. März 1897 und das kroatische Concursgesetz vom 28. März 1897. In die deutsche Sprache übers. u. m. erläut. Bemerkgn. versehen. gr 8. 211 S. Essegg, V. Vritsche. M. 4.

Wanjeck, Landger.-Dir. Dr., Preussisches und deutsches Civilrecht. 2. Th. gr. 8. VII und S. 269—370. Berlin, H. W. Müller. M. 2.50. Cplt. M. 7; cart. M. 7.50.

Weissler, Rechtsanw. Adf., Preussisches Landesprivatrecht. Sammlung der neben dem bürgerl. Gesetzbuche in Kraft bleib. Quellen des preuss. Privatrechts. 1. u. 2. Lfg. gr. 8. X, 208 S. Leipzig, C. E. M. Pfeffer. M. 3.25.

Wrany, Ger.-Adjunct Dr. Aug, Die Rechtsfindung nach dem neuen österreichischen Civilprocesse. (Aus „Allgem. österr. Gerichtszeitg.“.) gr. 8. 40 S. Wien, Manz. M. —.80.

IV. Handelsrecht und Volkswirthschaft.

Behncke, Civ.-Ingen. Guillermo, Patent- und Musterschutzgesetze der Republik Chile, nebst dem Vertrage der südamerikanischen Staaten über Patentgesetze als Anhang. Zusammengestellt u. übers. gr. 8. 28. S. Valparaiso, Berlin, E. Toeche in Comm. M. 1.

Behrend, Dr. Rich., Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897 (mit Einschluss des Seerechtes) Mit einem ausführl. Sachregister versehen. gr. 8. VII, 342 S. Leipzig, Alb. Berger. Cart. M. 2.

Berdrow, G., Die Unternehmer-Cartelle und der Weg zum wirthschaftlichen Frieden. gr. 8. 98 S. Berlin, Meusser, Messer & Co. M. 2.

Bernstein, Rechtsanw. Dr. Wilh., Allgemeine deutsche und allgemeine österreichische Wechselordnung, erläutert. gr. 8. VIII und S. 257—432. Breslau, E. Morgenstern. M. 9; geb. M. 10.

Bloch, Rechtsanw. Dr. Ed., Der kaufmännische Lehrvertrag. Auf Grund des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 u. des bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich systematisch dargestellt. gr. 8. IV, 44 S. München, J. Schweitzer's Verl. M. —.60.

Borght, Prof. Dr. van der, Umlage- oder Capitaldeckungs-(Prämien-) Verfahren bei obligatorischer Unfallversicherung. Referat. gr. 8. 33 S. Berlin, Siemenroth & Troschel. M. —.80.

Boyens, Rechtsanw. Emil, Das deutsche Seerecht. Auf Grund des Commentars von Dr. Will. Lewis unter Berücksicht. ausländ. Seerechte neu bearb. Mit e. Einleitg. üb. örtl. Geltg. seerechtl. Gesetze. 1. Bd. gr. 8. XX, 460 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 10; geb. M. 12.

Digitized by Google

Bücher, Prof. Dr. Carl, Die Entstehung der Volkswirthschaft. Vorträge und Versuche. 2. Aufl. gr. 8. XI, 395 S. Tübingen, H. Laupp. M. 5.60; geb. M. 6.85.

Buhl, Conr., Darstellung der Voraussetzungen der Speculationsanschaffung, nach Art. 271, Ziffer 1 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Diss. gr. 8. 63 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Burchard, Priv.-Doc. Dr. Johs. Leop., Bergung und Hilfeleistung in Seenoth. gr. 8. XVI, 374 S. Hannover, Helwing. M. 10.

Christiansen, Amtsger.-Secr. Ger.-Schreib. J., Der Wechselprotest. Mit 5 Anhängen. 8. 153 S. Apenrade. Königsberg, Akadem. Buchh. v. Schubert & Seidel. Cart. M. 2.

Cohn, Prof. Gust., System der Nationalökonomie. Ein Lesebuch f. Studirende. III. Bd. Nationalökonomie des Handels- u. des Verkehrswesens. gr. 8. VII, 1030 S. Stuttgart, F. Enke. M. 24.

Conrad, Prof. Dr. J., Grundriss zum Studium der politischen Oekonomie. 1. Th. Nationalökonomie. 2. Aufl. gr. 8. VII, 83 S. Jena, G. Fischer. M. 1.80.

— — 2. Th., Volkswirthschaftspolitik. gr. 8. VIII, 127 S. M. 2.80.

Cosack, Prof. Conr., Lehrbuch des Handelsrechts., auf Grundlage des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 umgearb. Aufl. gr. 8. XVI, 792 S. Stuttgart, F. Enke. M. 15.60 geb. in Leinw. M. 16.80.

Davidson, Rechtsanw. C., Die Reichsgesetze zum Schutze von Industrie, Handel u. Gewerbe (Gesetze zum Schutze des gewerbl. geist. Eigenthums, der Urheberrechte, u. s. w.). Das Musterschutzgesetz vom 11. Jänner 1876, das Patentgesetz vom 7. April 1891, das Gesetz, betr. den Schutz der Gebrauchsmuster vom 1. Juni 1891, das Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichngn. vom 12. Mai 1894, das Gesetz zur Bekämpfg. des unlauteren Wettbewerbs vom 1. Juli 1896. Textausg. m. Einleitg., erläut. Anmerkgn., sowie e Sachregister. 2. Aufl. 12. VIII, 440 S. Giessen, J. Ricker. Geb. in Leinw. M. 5.

Eger, Reg.-R. Dr. Geo, Das Gesetz, betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben. Vom 19. August 1895. Erläutert v. E. Nebst e. Anh., enth. die bezügl. Ausführungs-Verfüggn. u. Erlässe. gr. 8. XXXV, 782 S. Hannover, Helwing. M. 18.

Esser, Geh. Justizr. Rob., Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 nebst den in dem Einführungsgesetze zum Handelsgesetzbuche enthaltenen, mit dem 1. Jänner 1900 eintretenden Aenderungen, erläutert. 2. Aufl. 8. VIII, 128 S. Berlin, J. Springer. Cart. M. 2.

Fick, Dr. Fritz, Die Frage der Checkgesetzgebung auf dem europäischen Continent. Mit bes. Berücksicht. der schweizer, deutschen, österreich. u. franz. Verhältnisse, unter vergleichsweiser Herbeiziehg. des engl. Gesetzes u. der übr. ausländ. Gesetze u. Usancen dargestellt. gr. 8. XVI, 448 S. Zürich, Art. Institut Orell Füssli. M. 5.

Finger, Amtsricht. Chr., Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896. Auf Grund der amtl. Materialien unter Berücksicht. der Literatur u. Rechtsprechg. erläutert. 8. VII, 358 S. Berlin, F. Vahlen. M. 6; geb. M. 7.

Frankenburger, Rechtsanw. Dr. Heinr., Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich (mit Ausnahme des Seerechts) nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe m. Erläutergn., Anh. u. ausführl. Sachregister. 8. VIII, 482 S. München, J. Schweitzer's Verl. Geb. in Leinw. M. 4.

Friedrich, Carl, Zur Lehre vom Wechselaval. Diss. gr. 8. V, 93 Seiten. Marburg, Leipzig, G. Fock. M. 1.

Fuld, Rechtsanw. Dr. Ludw., Das Recht der Handlungsgehilfen. Systematisch dargestellt auf Grund des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 u. des bürgerl. Gesetzbuchs. 8. IV, 149 S. Hannover, Helwing. Cart. M. 2.

Gareis, Geh. Justizr. Prof. Dr. C., Handelsgesetzbueh vom 10. Mai 1897 nebst dem Einführungsgesetze vom 10. Mai 1897. Handausg. m. Einleitg., erläut. Anmerkgn. u. Sachregister. 8. XLII, 457 S. München, C. H. Beck. Geb. in Leinw. M. 4.

Digitized by Google

Gaupp-Wagener, Dr. Eberh., Blancowechsel u. Blancoaccept im deutschen Wechselrechte. gr. 8. 77 S. Berlin, J. Guttentag. M. 1.20.

Gesell, Silvio, Die Anpassung des Geldes und seiner Verwaltung an die Bedürfnisse des modernen Verkehrs. 8. 208 S. Buenos Aires, Weimar, Gesell & Nagel. M. 2.40.

Giese, Dr. Kurt, Die Ansprüche des Verkäufers aus dem Versicherungs- und Kaufvertrage nach dem Uebergang der Gefahr auf den Käufer. Ein versicherungsrechtl. Problem, unter Berücksicht. des bürgerl Gesetzbuches bearbeitet. gr. 8. VIII, 77 S. Berlin, Struppe & Winckler. M. 1.50.

Grünhut, C. S., Wechselrecht. (Aus: „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft." Hrsg. v. Prof. Dr. Carl Binding.) gr. 8. 2 Bde. XVI, 478 u. XI, 594 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 22; geb. M. 27.

Handbuch der politischen Oekonomie. Hrsg. von Prof. Dr. Gust. v. Schönberg. 4. Aufl. 3. Bd. 1. Halbbd. Finanzwissenschaft. Lex.-8. XIV, 864 S. Tübingen, H. Laupp. M. 18; geb. in Halbfrz. M. 20.40.

Hahn, † Geh. Ob.-Justizr. Senats-Präs. Dr. C., Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Fortgesetzt v. Kammerger.-R. B. Mugdan. 6. Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch. gr. 8. IV, 784 S. Berlin, R. v. Decker. M 6.

Hammerschlag, Vice-Dir. Dr. Paul, Das Gesetz vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195, über die Effectenumsatzsteuer. Für die prakt. Anwendg. dargestellt. gr. 8. VI, 179 S. Wien, Manz. M. 4.

Heitz, Dr. E., Neue Grundsätze der Volkswirthschaftslehre. Für Gebildete aller Stände. gr. 8. VII, 340 S. Stuttgart, W. Kohlhammer. M. 4.

Helfferich, Carl, Die Reform des deutschen Geldwesens nach der Gründung des Reiches. I. u. II. gr. 8. Leipzig, Duncker & Humblot.

I. Geschichte der deutschen Geldreform. XI, 474 S. M. 10. — II. Beiträge zur Geschichte der deutschen Geldreform. X, 509 S. M. 12.

Herrmann, Minist.-R. Prof. Dr. Eman., Die Theorie der Versicherung vom wirthschaftlichen Standpunkte. 3. Aufl. gr. 8. XI, 156 S. Wien, C. Konegen. M. 3.

Heyn, Dr. Otto, Die Concurrenz der Silberländer, sowie der Länder mit Papierwährung und der Bimetallismus. (Aus „Hein, Kritik des Bimetallismus".) gr. 8. V und S. 109—174. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 1.20.

— — Kritik des Bimetallismus. gr. 8. IV, 184 S. Ebenda. M. 3.

Hönncher, Refer. Arno, Die rechtliche Natur der Postanweisung. Diss. gr. 8. 54 S. Leipzig, Pahl. M. 1.

Holz, Rechtsanw. Dr. Ferd., Principal und Handlungsgehilfe im neuen Handelsgesetzbuch. 8. 31 S. Mannheim, E. Aletter. M. —.40.

Horrwitz, Rechtsanw. Hugo, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge vom 1. Jänner 1898 ab, insbesondere auf Grund des Handelsgesetzbuches, der Reichs-Gewerbeordnung, der Reichs-Versicherungsgesetze und des bürgerlichen Rechts dargestellt für Juristen und Kaufleute. gr. 8. VIII, 156 S. Berlin, J. J. Heine. 2 M.

Hülsner, Eug., Die Börsengeschäfte in rechtlicher und volkswirthschaftlicher Beziehung. gr. 8. III, 102 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 2.

Jaeger, Dr. Fel., Die Umwandlungsklage im deutschen Haftrechte jetzt und nach 1900. Zum praktischen Gebrauche für alle Haftpflichtinteressenten dargestellt. gr. 8. VI, 42 S. Berlin, C. Heimann's Verlag. M. —.80.

Jaffé, Kammerger.-R. Paul, Der Briefbeförderungsvertrag. Ein Beitrag zur Lehre vom Frachtgeschäft. Diss. gr. 8. VIII, 48 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. —.80.

Koslow, Iwan, Das russische Patentgesetz. Allerhöchst am 20. Mai 1896 bestätigtes Gesetz über Privilegien auf Erfindungen und Vervollkommnungen. Mit den Nebengesetzen, sowie Erläuterungen und Formularen herausgegeben. Aus dem Russischen. Nichtofficielle Ausgabe. gr. 8. 64 S. Riga, N. Kymmel's Sort. M. 2.

Kriegel, Dr. Frdr., J. St. Mill's Lehre vom Werth, Preis und der Bodenrente. Ein Beitrag zur Kritik der politischen Oekonomie Mill's. gr. 8. VII, 72 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 1.60.

Digitized by Google

Kuhlmann, Rechtsanw., Zeitgemässe Reform im Justizwesen. An praktischen Fällen erläutert. 2. Heft. Wechselrecht und Wucher. Die Form im Rechtssystem. gr. 8. 19 S. Hagen, H. Risel & Co. M. —.50.

Latz, Kammerger.-Refer. Dr. Rich., Das Blanket-Accept. Ein Beitrag zur Lehre vom Accept. gr. 8. VI, 61 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 1.20.

Lehmann, Prof. Dr. Carl, Das Recht der Actiengesellschaften. In 2 Bänden. 1. Band. gr. 8. VI, 493 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 10.—.

— — Abhandlungen.

Liefmann, Dr. Rob., Die Unternehmerverbände (Conventionen, Cartelle), ihr Wesen und ihre Bedeutung. gr. 8. XII, 199 S. Freiburg i. Br., J. C. B. Mohr. M. 5.

Lotz, Prof. Dr. W., Die Börsenreform. Vortrag. gr. 8. 40 S. Dresden, v. Zahn & Jaensch. M. 1.

Lührs, Dr. Herm., Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsregister. Ausgewählte Doctordissertationen der Leipziger Juristenfacultät. gr. 8. 58 S. Leipzig, Veit & Co. M. 1.60.

Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Commentar. Buch I—III neu bearbeitet unter Zugrundelegung der Fassung des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 und des bürgerlichen Gesetzbuches von Rechtsanw. F. Makower. 12. (der neuen Bearbeitung 1.) Aufl. 1. Lfg. gr. 8. XIII u. S. 1—165. Berlin, J. Guttentag. M. 3.

Marlo, Carl, Untersuchungen über die Organisation der Arbeit oder System der Weltökonomie. 2. Aufl. Neue billige (Titel-)Ausgabe. (In 28 Lfgn.) 1. Lfg. gr. 8. Tübingen (1884—1886), H. Laupp. M. —.50.

1. II. Band. Historischer Theil: Geschichte und Kritik der ökonomischen Systeme. IX u. S. 1—64.

Marx, Carl, Zur Kritik der politischen Oekonomie. Herausgegeben von Karl Kautzky. 8. XIV, 203 S. Stuttgart, J. H. W. Dietz Nachf. M. 3 50.

Masaryk, Prof. Dr. Th. G., Die wissenschaftliche und philosophische Krise innerhalb des gegenwärtigen Marxismus. (Aus „Die Zeit".) gr. 8. 24 S. Wien, Administration „Die Zeit". M. 1.

Meyer, Priv.-Doc. Assess. Dr. Paul, Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers beim Abschluss des Versicherungsvertrages nach See- und Binnenversicherungsrecht. Habilitationsschrift. gr. 8. 85 S. Hamburg, H. Seippel. M. 2.

Moses, Rechtsanw. Dr. Leo, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge nach dem neuen Handelsgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Zeit vom 1. Jänner 1898 bis 31. December 1899. gr. 8. 51 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. —.75.

Müller, Staatsanw. Dr. Ernst, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896. Commentar. 2. u. 3. Aufl. gr. 8. XI, 236 S. Fürth, G. Rosenberg. Geb. in Leinw. M. 4.50.

Müller, Secr. Dr. Hans, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes im Lichte des allgemeinen Interesses. Vortrag. gr. 8. 34 S. Bern, Steiger & Co. M. —.80.

Neurath, Prof. Dr. W., Die Wirtnschaftskrisen und das Cartellwesen. Nach einem Vortrage. 8. 37 S. Wien, Manz. (Leipzig, J. Klinkhardt.) M. —.60.

Pappenheim, Prof. Dr. Max: Levin Goldschmidt. (Aus „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht".) gr. 8. 49 S. m. Bildniss. Stuttgart, F. Enke. M. 1.60.

Pavlíček, Dr. Ant., Der Check. Eine vergleichende Studie mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Entwurfes. gr. 8. VII, 136 S. Wien, Manz. M. 2.40.

Pechmann, Bankdir. W. Frhr. v., Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere (das sogenannte Depotgesetz) vom 5. Juli 1896. Gesetzestext mit Erläuterungen. (Aus „Seuffer's Blätter für Rechtsanwendung".) 8. XI, 67 S. Erlangen, Palm & Enke. M. 1.

Peschl, Ger.-Sachverständ. Ingen. A. J., Das neue österreichische Patentgesetz vom 1. Jänner 1897, erläutert unter Berücksichtigung der abweichenden Bestimmungen in Ungarn. 16. 81 S. Prag, J. G. Calve. M. 1.

Digitized by Google

Recueil général de la législation et des traités concernant la propriété industrielle. Brévets d'invention. — Dessins et modèles de fabrique. — Marques de fabrique et de commerce. — Nom commercial. — Fausses indications de provenance. — Concurrence deloyale. — Usurpation de récompenses industrielles. Publié par le bureau international de l'union pour la protection de la propriété industrielle avec le concours de jurisconsultes de divers pays. Tome II. gr. 8. Berne. (Leipzig, G. Hedeler.) M. 12.

II. Europe: 2. partie. Italie. — Luxembourg — Ile de Malte — Monaco — Montenegro — Norvège — Pays-Bas et colonies — Portugal — Roumanie — Russie et Finlande — Saint-Marin — Serbie — Suède — Suisse — Turquie. Asie. Ceylon (ile de) — Chine — Chypre (ile de) — Etablissements détroits (Straits Settlements) — Hong-Kong (ile de) — Inde britannique — Indo-Chine — Japon — Labouan — Negri Sembilan — Pérak — Perse — Selangor. XIX, 783 S.

Riesser, Justizr. Dr., L. Goldschmidt. Gedächtnissrede. gr. 8. 58 S. m. Bildniss. Berlin, O. Liebmann. M. 150.

Röll, Dr. Vict., Eisenbahnrechtliche Entscheidungen der österreichischen und ungarischen Gerichte. Im Auftrage der österreichischen und ungarischen Bahnverwaltungen herausgegeben. X. Jahrg. 1896. gr. 8. 280 S. Wien, A. Hartleben. M. 4.

Schanze, Dr., Die Patentertheilung. Vortrag. (Aus „Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Process".) gr. 8. 19 S. Leipzig, Rossberg. M. —.60.

Schaps, Landricht. Dr. Geo., Das deutsche Seerecht. Commentar zum 4. Buche des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 und den seerechtlichen Nebengesetzen. Zugleich als Ergänzung von Staub's Commentar zum Handelsgesetzbuch auf Grund des neuesten Standes der Gesetzgebung neu bearbeitet 1. u. 2. Lfg. gr. 8. Berlin, J. J. Heine. M. 2.70.

1. (80 S.) M. 1.50. — 2. (S. 81—144) M. 1.20.

Schellwien, Rob., Die Arbeit und ihr Recht. Rechtlich volkswirthschaftliche Studien zur socialen Frage. Neue (Titel-)Ausgabe. gr. 8. IX, 274 S. Leipzig, (1882), A. Janssen. M. 3.

Schönberg, Prof. Dr. Gust. v., Handbuch der politischen Oekonomie. 4. Aufl. 2. Bd. 2. Halbbd. Volkswirthschaftslehre. 2. Bd. 2. Halbbd. Lex. 8. X, 592 S. Tübingen, H. Laupp. M. 12.60; geb. in Halbfrz. M. 15.

3. Bd. 1. Halbbd. Finanzwissenschaft. Lex. 8. XIV, 864 S. M. 18; geb. in Halbfrz. M. 20.40.

Simon, Rechtsanw. Dr. Herm. Veit, Die Bilanzen der Actiengesellschaften und der Commanditgesellschaften auf Actien. 2. Aufl. gr. 8. XVIII, 490 S. Berlin, J. Guttentag. M. 10; geb. in Halbfrz. M. 12.

Slonimski, Ludw., Carl Marx' nationalökonomische Irrlehren. Eine kritische Studie. Uebersetzt und eingeleitet von Max Schapira. 8. IV, 203 S. Berlin, J. Räde. M. 2.50.

Spaltenstein, Dr. Mich., Zum Concurse der Actiengesellschaft. Ein Beitrag zur Revision der Concursordnung. gr. 8. 32 S. Strassburg, Schlesier u. Schweighardt. M. —.50.

Staub, Rechtsanw. Dr. Herm., Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). 5. Aufl. Nebst einem Supplement, enthaltend: 1. Eine Erläuterung der Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches über die Handlungsgehilfen; 2. eine vergleichende Darstellung des alten und des neuen Handelsgesetzbuches. gr. 8. VIII, 1143 S. Berlin, J. J. Heine. M. 21; geb. in Halbfrz. M. 23.50.

Timar, Patentanw. Dagob., Das Patentwesen. Einige Aufklärungen über die Patentgesetze der wichtigsten Staaten. Statistik nebst einem Anhang, enth.: Das deutsche Patentgesetz. Das Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. Das Waarenzeichengesetz. Das Geschmacksmustergesetz. Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. 3. Aufl. gr. 8. VII, 161 S. Berlin (N. W., Luisenstr. 27—28), D. Timar, Patentbureau. M. 1.

Digitized by Google

Wagner, Prof. Dr. Adph., Grundriss zu Vorlesungen über Finanzwissenschaft in aphoristischer Form. Als Leitfaden für seine Zuhörer, in Anlehnung an sein Lehrbuch und seine Abhandlungen im Schönberg'schen Handbuch mit einigen näheren Ausführungen über die indirecten Steuern. gr. 8. IV, 144 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 2.40.

Walcker, Priv.-Doc. Dr. Carl, Die Interessenkämpfe der Industrie, des Handels, der Landwirthschaft, der Klein-, Mittel- und Grossstädte. Wirthschaftsgeschichtliche Studien und Betrachtungen. gr. 8. VI, 116 S., Zittau, Pahl's Verl. M. 2.40.

Walker, Dr. Gust., Die rechtliche Stellung ausländischer juristischer Personen, insbesondere ausländischer Actiengesellschaften. Eine rechtsvergleichende Studie. (Aus: „Allg. österr. Gerichts-Ztg.") gr. 8. 49 S. Wien, Manz. M. —.80.

Wechselordnung, allgemeine. Stempel und Gebühren in Wechselsachen. Mit einer Uebersicht über die wechselrechtl. Spruchpraxis des k. k. Obersten Gerichtshofes, sowie über die einschlägigen Entscheidungen des k. k. Verwaltungsgerichtshofes, verf. v. Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Jos. Friedlaender. 12. VI, 117 S. Wien, Manz. M. 1.80.

Wechsler, Hof- u. Ger.-Adv. Gr. Jak., Concurrence déloyale und unlauterer Wettbewerb. Vortrag. Lex. 8. 31 S. Wien, Manz. M. —.60.

Weishut, Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Alb., Der Effectenumsatz u. die Börsengeschäfte, sowie deren Besteuerung nach dem Gesetze vom 9. März 1897, mit besonderer Berücksichtigung der bezüglichen deutschen Gesetzgebung und Rechtssprechung, systematisch dargestellt. 2. Aufl. gr. 8. XIV, 404 S. Wien, M. Breitenstein. M. 7.

Westphal, Phpp, Zur Grundrenten-Theorie. Ein Vorschlag zur Lösung der Quotenfrage auf volkswirthsch. Basis. gr. 8. II, 36 S. Wien, Manz. M. 1.20.

Wörterbuch der Volkswirthschaft in 2 Bdn. Hrsg. v. Geh.-R. vortrag. Rath Prof. Dr. Ludw. Elster. Lex. 8. 1. Bd. X, 1092 S. Jena, G. Fischer. M. 20; geb. M. 25.

Wokurek, Secr. Ludw., Die österreichische Unfallversicherung. Eine kritische Studie. gr. 8. III, 109 S. Wien, F. Deuticke. M. 2.

Wyss, Dr. Alfr. O., Das internationale Urheberrecht an Photographien, musikalischen Ausführungen und Uebersetzungen. gr. 8. VIII, 171 S. Zürich, F. Schulthess. M. 2.60.

V. Strafrecht und Strafprocess.

Apt, Ger.-Assess. Dr. Max, Die grundlegenden Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts, 2. Aufl. gr. 8. VIII, 334 S. Berlin, J. J. Heine. M. 5; geb. M. 6.

Aschrott, Landricht. Dr P. F., Die neuen Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafen in Deutschland. (Aus „Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft".) gr. 8. 23 S. Berlin, J. Guttentag. M. 2.

Banke, Dr. Leop., Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. I. Die Bestrafung der Chicane. II. Der Schutz des §. 194 Reichsstrafgesetzbuchs bei öffentlichen Beleidigungen. III. Bemerkungen zum Begriffe des Versuches. Anhang I. Zur juristischen Terminologie. Anhang II. Die zeitliche Unbegrenztheit der Gesetze. gr. 8. IV, 271 S. Berlin (W., Göbenstr. 20), Selbstverl. M. 4.

Benz, Dr. Rud., Das Strafgesetzbuch für den Canton Zürich, neue Ausg. vom 6. Dec. 1897, nebst dem Gesetz, betreffend den Vollzug der Freiheitsstrafen. 3. Aufl. v. Prof. Dr. Emil Zürcher. 1. Lfg. 8. XVI, S. 1—80. Zürich, F. Schulthess. M. 1.

Birkmeyer, Prof. Dr. Carl, Deutsches Strafprocessrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preussischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprocessrechtes. Vorlesungen. gr. 8. XVIII, 879 u. 51 S. Berlin, H. W. Müller. M. 13; geb. in Halbfrz. M. 20.

Digitized by Google

Boguslawski, Gen.-Lieut. z. D. A. v., Die Ehre und das Duell 2. Aufl. gr. 8. V, 111 S. Berlin, Schall & Grund. M. 2.

Bozi, Landricht. A., Reform der Untersuchungshaft. Darstellung nebst Gesetzesvorschlag. gr. 8. III, 79 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. 1.

Bruck, Prof. Dr. Fel. Frdr., Die gesetzliche Einführung der Deportation im Deutschen Reich. gr. 8. V, 55 S. Breslau, M. & H. Marcus.

Brünneck, Refer. Wern. v., Die herrschende Causalitätstheorie und ihre Stellung zum Reichsstrafgesetzbuch. Diss. gr. 8. VII, 88 S. Halle. (Berlin, F. Vahlen.) M. 2.

Busch, Dr. Osk., Gefahr und Gefährdungsvorsatz in der Dogmatik des modernen Strafrechts. gr. 8. VII, 78 S. Leipzig, Veit & Co. M. 2.20.

Calker, Prof. Dr. Fritz van, Strafrecht und Ethik. gr. 8. IV, 35 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. —.80.

Dalcke, Ob.-Staatsanw. Geh. Ob.-Justizr. A., Fragestellung und Verdict im schwurgerichtlichen Verfahren. Auf Grund der Bestimmungen der deutschen Strafprocessordnung und der Rechtsprechung des Reichsgerichts dargestellt. 2. Aufl. gr. 8. VIII, 172 S. Berlin, H. W. Müller. Cart. M. 4.

Dambach, wirkl. Geh.-R. Prof. Dr. Otto, Das Telegraphen-Strafrecht nach der deutschen Gesetzgebung. 2. Aufl. gr. 8. VIII, 119 S. Berlin, R. Schoetz. M. 2.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Hrsg. v. den Mitgliedern des Gerichtshofes u. der Reichsanwaltschaft. Entscheidungen in Strafsachen. 30. Bd. gr. 8. 1. Hft., 160 S. Leipzig, Veit & Co. M. 4.

Epstein, Kammerger.-Refer. Dr. Max, Der Landesverrath in historischer, dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. gr. 8. III, 125 S. Breslau, Schletter. M. 3.

Frank, Prof. Dr. Rhard., Strafrechtliche Fälle zur mündlichen Behandlung. 2. Aufl. gr. 8. 24 S. Giessen, J. Ricker. M. —.80.

Fried, Alfr. Herm., Das Tagebuch eines zum Tode Verurtheilten. Mit einer Einleitung über die Todesstrafe v. Prof. Dr. Ludw. Büchner. gr. 8. IV, 153 S. Berlin, C. Duncker. M. 2.

Fricse, Ger.-Assess. Dr. Vict., Das Strafrecht des Sachsenspiegels. gr. 8. XIII, 296 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. 2.

Fuchs, Geh. Oberfin.-R. Adf., Die Gefangenen-Schutzthätigkeit und die Verbrechens-Prophylaxe. gr. 8. XVI, 273 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 5.

Goehrs, Refer. Otto, Das „mildeste Gesetz" im Sinne des §. 2, Abs. 2, Reichsstrafgesetzbuchs. Eine strafrechtliche Untersuchung. Diss. gr. 8. 88 S. Strassburg, J. H. E. Heitz. M. 1.

Gross, Dr. Hans, Criminalpsychologie. gr. 8. XII, 721 S. Graz, Leuschner & Lubensky. M. 10.

Heilbronner, Dr. Jul., Der Begriff „Unterdrückung wahrer Thatsachen" beim Betruge, gr. 8. IV, 46 S. München, J. Schweitzer's Verl. M. 1.20.

Hippel, Prof. Dr. Rob. v., Actenstücke zum Strafprocesse für Lehrzwecke. Fol. IV, 64 S. Leipzig, S. Hirzel. M. 1.60.

Höller, Priv.-Doc. Dr. Alois, 7 Thesen zu Prof. Dr. Franz v. Liszt's Vortrag „Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit". Mit einem Sonderabdruck aus des Verf. „Psychologie": Willensfreiheit und Zurechnung. Lex. 8. IV, 43 S. Wien u. Prag. F. Tempsky. — Leipzig, G. Freytag. M. —.80.

Kaulla, Just.-Refer. Rud.: Die rechtliche Natur der Defraudation öffentlicher Abgaben. Diss. gr. 8. III, 58 S. Stuttgart, W. Kohlhammer. M. 1.

Klee, Dr. Carl, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. gr. 8. VII, 65 S. Breslau, Schletter. M. 1.80.

Kohler, Prof. J., Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12.—16. Jahrhundert. (Studien aus dem Strafrecht, 2.—6. Hft.) gr. 8. VIII, 7 und 742 S. Mannheim, J. Bensheimer's Verl. M. 21.

— —, Studien aus dem Strafrecht. V. u. VI. Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12.—16. Jahrhundert. Besonderer Th. Fortsetzung u. Schluss. gr. 8. VIII, S. 479—742. Mannheim, J. Bensheimer's Verl. à M. 4.

Digitized by Google

Korn, Rechtsanw. Dr. A.: Strafrechtsreform oder Sittenpolizei? (Zu § 361, Nr. 6 des Reichsstrafgesetzbuchs.) (Aus „Schmoller's Jahrb. f. Gesetzgbg. etc.") gr. 8. 32 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. —.80

Löwe, weil. Reichsger.-Senatspräs. Dr. E., Die Strafprocessordnung für das Deutsche Reich, nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Mit Commentar. 9. Aufl. von Reichsger.-R. A. Hellweg. gr. 8. XXVIII, 1058 S. Berlin, J. Guttentag M. 20; geb. in Halbfrz. M. 22.50.

Löwenstimm, Jurisconsults-Gehilfe Aug., Aberglaube und Strafrecht. Ein Beitrag zur Erforschung des Einflusses der Volksanschauungen auf die Verübung von Verbrechen. Aus dem Russischen. Mit einem Vorwort von Prof. Dr. J. Kohler. 8. XV. 232 S. Berlin, J. Räde. M. 2.50.

Maier, Gust., Der Process Zola vor dem Schwurgerichte zu Paris im Februar 1898. Kritischer Bericht eines Augenzeugen. gr. 8. 175 S. m. Abbildgn. u. 1 Fcsm. Bamberg, Handels-Druckerei u. Verlagshandlg. M. 1.20.

Martitz, Prof. F. v., Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Beiträge zur Theorie des positiven Völkerrechts der Gegenwart. Mit einer Sammlung von Auslieferungs- und Fremdengesetzen. Nebst einem Repertorium der modernen Auslieferungsverträge. 2. (Schluss-)Abtheilung. gr. 8. XVI, 896 S. Leipzig, H. Haessel. M. 30.

Meyer, Dr. Carl, Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung nach den cantonalen Gerichtsorganisationen und Strafprocessordnungen. gr. 8. XV, 196 S. Leipzig, G. Fock. M. 3.

Michel, Dr. Otto, Der strafbare Betrug im Civilprocess. gr. 8. 44 S. Breslau, Schletter. M. 1.

Olshausen, Reichsger.-R. Dr. Just., Commentar zu den Strafgesetzen des Deutschen Reiches. I. u. II. Bd. Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 2 Bde. gr. 8. XVI, 1466 S. Berlin, F. Vahlen. M. 30; geb. in Halbfrz. M. 35.

Pascal, Jesuiten über Duell und Mord. Ein Brief des Katholiken P. gr. 8. 16 S. Leipzig, Brückner & Niemann. M. —.25.

Paul, Gerichtsadj. Frdr., Beiträge zur Einführung des anthropometrischen Signalements Alphonse Bertillon's. Erweiterter Sonderabdruck aus „Zeitschrift für Criminal-Anthropologie etc." gr. 8. 48 S. Berlin, Priber & Lammers. M. 2.

Pflaum, Dr. Otto, Ueber Gesetzesconcurrenz auf dem Gebiete des Strafrechts. gr. 8. 47 S. München, J. Schweitzer's Verl. M. 1.20.

Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichts- als Cassationshofes. Sammlung, begründet von Dr. R. Nowak, fortgesetzt von Redacteuren DD. Ed. Coumont und Carl Schreiber. 15. Bd. Entscheidungen Nr. 1801—1990. 12. XXVIII, 776 S. Wien, Manz. M. 6; geb. M. 7.

Prenner, Joh. Bapt., Die Vollstreckung der Geldstrafe in den Nachlass des Schuldigen. gr. 8. IV, 68 S. München, Th. Ackermann. M 1.40.

Quaritsch, Dr., Compendium des deutschen Strafprocesses. 8. Aufl. von Landesgerichts-R. a. D. Dr. C. Goesch. gr. 8. 161 S. Berlin, W. Weber. M. 3; geb. in Leinw. M. 4.

Ritter, Prof. Dr. Chr., Diebstahl an Elektricität. Dessau, R. Kahle. M. 1.

Schlosky, Dr. Arth., Der Mundraub nach §. 370 5 St. G. B. gr. 8. V, 44 S. Breslau, Schletter. M. 1.30.

Stenglein, Reichsger.-R. Dr. M., Commentar zur Strafprocessordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877, nebst dem Gerichtsverfassungs-Gesetz vom 27. Jänner 1877 und den Einführungsgesetzen zu beiden Gesetzen, unter Berücksichtigung des Reichsgesetzes vom 5. April 1888, betreffend die unter Ausschluss der Oeffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen. 3. Aufl. gr. 8. XIV, 698 S. München, C. H. Beck. M. 13.50; geb. in Halbfrz. M. 15.50.

Digitized by Google

Strafgesetz, bulgarisches. Angenommen den 15. Jänner 1896 und bestätigt den 2. Februar 1896 mit Gesetzeskraft vom 1. Mai 1896. Uebersetzt von Consul Dr. Fr. Krüger. gr. 8. VI, 114 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 3.

Strafverfahren, das, die Berufung gegen die Urtheile der Strafkammern I. Instanz, der *dolus eventualis* und das Begnadigungsrecht in Deutschland. Von Innocens. 8. 16 S. Zürich, E. Speidel. M. —.30.

Thomas, W. A., Ueber das Wesen der Idealconcurrenz von Delicten und seine theoretischen und praktischen Consequenzen bei der Bestrafung. Diss. gr. 8. V, 47 S. Freiburg i. B. Leipzig, G. Fock. M. —.60.

Traub, Landger.-R. Berthold, Die Strafprocessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, mit den Entscheidungen des Reichsgerichts, den Einführungs- und Vollzugsbestimmungen, den Vorschriften über den Strafvollzug und das Kostenwesen, sowie den Auslieferungsverträgen. 2. Aufl. 8. VIII, 726 S. Heidelberg, A. Emmerling & Sohn. M. 6; geb. in Leinw. M. 7.

— — Die Strafprocessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. 2. Aufl. 8. IV, 314 S. Heidelberg, A. Emmerling & Sohn. Geb. in Leinw. M. 3.

Weismann, Prof. J., Ein Vierteljahrhundert deutscher Strafgesetzgebung. 25 S. Greifswald, J. Abel. M. —.80.

Wulff, Ob.-Staatsanw. C., Die Gefängnisse der Justizverwaltung in Preussen, ihre Einrichtung und Verwaltung. Ergänzungsband für den praktischen Gebrauch. gr. 8. 225 S. Hamburg, Verlagsanstalt und Druckerei. M. 5; geb. in Halbfrz. M. 7.

Zola, Emile, vor den Geschwornen. Vollständiger Bericht über den Verlauf des Processes nebst Urtheil. Mit den Porträts von Zola, Dreyfus, Walsin-Esterhazy, Scheurer-Kestner und Labori. gr. 8. 61 S. Dresden, F. Tittel Nachf. M. —.40.

— — vor dem Schwurgericht. (Nach stenographischen Berichten.) gr. 8. 179 S. Strassburg, J. Singer. M. 1.30.

— — Process. Getreue Darstellung des Processes gegen Emil Zola und dessen Vorgeschichte Dreyfus-Esterhazy. gr. 8. 114 S. Leipzig, O. Gracklauer. M. —.75.

VI. Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht.

Alberti de Poja, Bez.-Commiss. Alfr. Graf, Für die Reform des österreichischen Wasserrechtes. Vortrag. gr. 8. 45 S. Wien, Manz. M. 1.

Andrássy, Graf Jul., Ungarns Ausgleich mit Oesterreich vom Jahre 1867. gr. 8. V, 422 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 9.

Arbeitsvermittlung, die, in Oesterreich. Verfasst und herausgegeben vom statistischen Departement im k. k. Handelsministerium. 4. VIII, 304 und 217 S. Wien, A. Hölder. M. 4.80.

Beidtel, weil. Appell.-Ger.-R. Dr. Ign., Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung 1740—1848. Mit einem Anhang, Uebersicht der österreichischen Kirchengeschichte von 1848—1861, aus seinem Nachlasse herausgegeben von Alfons Huber. 2. Bd. (1792—1848). gr. 8. IV, 492 S. Innsbruck, Wagner. M. 7.60.

Binding, Prof. Dr. Karl: Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke. Zu amtlichem und zu akademischem Gebrauche. 10. Heft. 3 Abtheilungen. 8. Leipzig, W. Engelmann. Cart.

10. Verfassungs-Urkunden für die freien und Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg. Mit allen Abänderungen bis zu den Gesetzen von Mitte 1897. Sammt Anlagen. 1. Lübeck. Vom 7. April 1875. Mit den durch das Gesetz vom 21. Juli 1879 bewirkten Abänderungen. 49 S. M. 1. —

Digitized by Google

2. Bremen. Vom 1. Jänner 1894. 80 S. M. 1.60. — 3. Hamburg. Vom 13. October 1879. Mit allen Abänderungen bis zum Gesetze vom 2. November 1896. Sammt 2 Anlagen. 48 S. M. 1.

Binding, Prof. Dr. Karl, dasselbe. 6 Heft. 8. Ebend. Cart.

6. Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen. Vom 4. September 1831. Mit allen Abänderungen bis zum Gesetz vom 20. April 1892. Sammt 3 Anlagen. 2. Aufl. 2. Abdr. Mit dem Wahlgesetze vom 28. März 1896 und der Ausführungsverordnung vom 10. October 1896 VIII, 253 S. M. 4.

— — Die rechtliche Stellung des Kaisers im heutigen Deutschen Reiche. Vortrag. gr. 8. 27 Seiten. Dresden, v. Zahn & Jaensch M. 1.

Borkenhagen, H., Christus und die Socialdemokratie. gr. 8. 51 S. Leipzig, W. Friedrich. M. —.60.

Brüss, Johs., Der Belagerung-Zustand als Rechtsinstitut. Diss. gr. 8. 63 S. Cüstrin. (Erlangen, M. Mencke.) M. 1.

Brunstein, Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Jos. Ludw., Zur Regelung des Administrativverfahrens in Oesterreich. (Aus „Juristische Blätter".) gr. 8. III, 31 S. Wien, Manz. M. —.80.

Buchenberger, Minist.-Präs. Dr. A., Grundzüge der deutschen Agrarpolitik unter besonderer Würdigung der kleinen und grossen Mittel. gr. 8. VIII, 308 S. Berlin, P. Parey. M. 8

Caracoussi, Adv. Dr. Geo. S., Königthum und Ministerverantwortlichkeit mit besonderer Berücksichtigung der staatsrechtlichen Verhältnisse im Königreiche Griechenland. gr. 8. 93 S. Berlin, Struppe & Winckler. M. 1.50.

Delbrück, Schmoller, Wagner, Proff., Ueber die Stumm'sche Herrenhaus-Rede gegen die Kathedersocialisten. Schreiben an den Geh. Justizrath Prof. D. Dr. Hinschius, Vertreter der Universität Berlin im Herrenhause. gr. 8. 32 S. Berlin, G. Stilke. M. —.50.

Dock, Dr. Adf., Der Souveränetätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen. gr. 8. XI, 152 S. Strassburg, Schlesier & Schweikhardt. M. 3.

Dollfus, Dr. Roger, Ueber die Idee der einzigen Steuer. Lex.-8. X, 164 S. Basel, B. Schwabe. M. 4.80.

Ego, Adam, Die sociale Frage und ihre Lösung. Alltagsbetrachtungen. gr. 8. XVI, 248 S. Bremen, M. Heinsius' Nachf. M. 4.50.

Eheberg, Prof. Carl Thdr., Finanzwissenschaft. 5. Aufl. gr. 8. VIII, 416 S. A. Deichert Nachf. M. 6.

Entscheidungen des königl. preussischen Oberverwaltungsgerichts. Hrsg. v. Oberverwaltungsger.-Räthen Freytag, Techow, Schultzenstein, Reichenau. 31. u. 32. Bd. gr. 8. XVIII, 495 S. u. XX, 490 S. Berlin, C. Heymann's Verl. à M. 7; geb. M. 8.

— —, Hauptregister zu den Bänden 1—30 und den Ergänzungsbänden 1—5. Zusammengestellt im Bureau des königl. Oberverwaltungsgerichts. gr. 8. IV, 750 S. C. Heymann's Verl. M. 7; geb. M. 8.

Entscheidungen des königl. preussischen Oberverwaltungsgerichts in Steuersachen. Hrsg. v. Oberverwaltungsger.-Räthen Reinick und Heinsius. VI. Bd. gr. 8. 1. u. 2. Hft., 184 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 7.

Entscheidungen, die, des Ehrengerichtshofs für deutsche Rechtsanwälte. Hrsg. vom Schriftführeramte des deutschen Anwaltvereins. 8. Bd. 1. I. 1896—31. XII. 1897, nebst Inhaltsverzeichniss sämmtl. 8 Bde. 8. 400 S. Berlin, W. Moeser. M. 8.

Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes. Zusammengestellt auf dessen Veranlassung v. Senatspräs. Dr. Adam Frhrn. v. Budwinski. 20. Jahrg. 1896. 2. Th. gr. 8. S. 1137—2044. Wien, Manz. M. 10; geb. M. 11.20.

— —, dasselbe. 21. Jahrg. 1897. 1. Th. (Bog. 1, 16 S.) Ebd. Für Bog. 1—10 M. 2.

Fleiner, Prof. Dr. Fritz, Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848. Akademische Antrittsrede. gr. 8. 41 S. Basel, B. Schwabe. M. —.80.

Fleischmann, Dr. Max, Der Weg der Gesetzgebung in Preussen. gr. 8. VII, 128 S. Breslau, M. & H. Marcus. M. 3.60.

Digitized by Google

Franz, Rechn.-R. Alois Rud., Oesterreichische Staats-Verrechnungskunde. Systematisch dargestellt. 2. Aufl. gr. 8. XIV, 400 S. Prag, G. Neugebauer. M. 8.

Freund, Polizei-Obercommiss. Dr. S., Die Führung von Vereinsabzeichen. Eine vereinsrechtliche Erörterung. Zum Gebrauche für politische Beamte und Vereine. 8. 24 S. Wien (IX., Eisengasse 15), Selbstverlag.

Fuchsberger, Ob.-Landesger.-R. Otto, Die Entscheidungen des Reichsgerichts etc. in 1 Bde. 11. Th. gr. 8. Giessen, E. Roth

11. Keidel, Bez.-Amtsassess. J., Sämmtliche Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes und des Reichsgerichts auf dem Gebiete der Invaliditäts- und Altersversicherung. Ausführlich dargestellt und nach dem System des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes geordnet, mit dem vollständigen Gesetzestext und doppeltem Register. Enth. die Entscheidungen von 1891—1896. IV, 450 S. M. 7.50; geb. M. 9.

Geller, Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Leo, Gesetz, betreffend die directen Personalsteuern, nebst den Vollzugsvorschriften und Nachträgen. Mit Erläutergn. aus den Materialien hrsg. 8. XXI, 1002 S. Wien, M. Perles. M. 12; geb. M. 13.60.

Geschichte, die, des Socialismus in Einzeldarstellungen von E. Bernstein, C. Hugo, K. Kautsky, P. Lafargue, Frz. Mehring, G. Plechanow. 3. Bd. 1. Th. gr. 8. Stuttgart, J. H. W. Dietz.

III, 1. Mehring, Frz., Geschichte der deutschen Socialdemokratie. 1. Th. Von der Julirevolution bis zum deutschen Verfassungsstreite 1830—1863. VI, 568 S. M. 3.60; in Leinw. M. 5; in Halbfrz. M. 6.

Gesetze, die, in den europäischen Staaten geltenden, über die Erwerbung und den Verlust der Staatsangehörigkeit unter Ausschluss des deutschen Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870. Nebst einem Anhange, enthaltend die vor dem 1. Jänner 1871 in den deutschen Bundesstaaten in Kraft gewesenen Staatsangehörigkeitsgesetze. Im Auftrage der Polizeibehörde der freien und Hansestadt Hamburg herausgeg. u. erläutert. Lex. 8. XX, 613 S. Berlin, K. Hoffmann. M. 14.

Goldberger, Hof- u. Ger.-Adv. Dr. Sigm., Die neuen, directen Steuern. Die allgemeine Erwerbsteuer, die Erwerbsteuer der Unternehmungen mit öffentlicher Rechnungslegung, die Rentensteuer, die Personal-Einkommensteuer und Besoldungssteuer sammt allgemeinen und Strafvorschriften nach dem neuen Steuergesetze vom 25. Oct. 1896, R. G. Bl. Nr. 220, und den einschlägigen Vollzugsvorschriften. Systematisch und populär dargestellt. 3 Theile. 8. Wien, A. Hartleben. M. 5; in 1 Leinwbd. M. 6.

1. Die allgemeine Erwerbsteuer. 112 S. M. 1.20. — 2. Die Erwerbsteuer der Unternehmungen mit öffentlicher Rechnungslegung. Die Rentensteuer. 128 S. M. 1.40. — 3. Die Personal-Einkommensteuer. Die Besoldungssteuer. Allgemeine und Strafvorschriften. 224 S. M. 2.40.

Häpe, Ob.-Reg.-R. Doc. Dr. Geo., Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege. gr. 8. 32 S. Veit & Co. M. —.80.

Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographien. Herausgegeben von Proff. DD. Reichst.-Mitgl. Heinr. v. Marquardsen u. Max v. Seydel. Einleitungsband, herausgegeben von Dr. Max v. Seydel. 6. Abth. gr. 8. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr.

6. Mayr, Unterstaatssecr. z. D. Prof. Dr. Geo. v., Bevölkerungsstatistik. X, 496 S. M. 12.—.

Handbuch der politischen Oekonomie, herausgegeben von Prof. Dr. Gust. v. Schönberg. 4 Aufl. 3. Bd. Finanzwissenschaft und Verwaltungslehre. 2. Halbbd. Communales Finanzwesen und Verwaltungslehre Lex. 8. X, 609 S. Tübingen, H. Laupp, M. 13.40; geb. in Halbfrz. M. 15.80.

Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften in selbstständigen Bänden. Begründet von Kuno Frankenstein, fortgesetzt von Max v. Heckel. 1. Abth. Volkswirthschaftslehre. VI. Bd. gr. 8. Leipzig, O. L. Hirschfeld.

VI. Firck's, Hauptm. a. D., Geh. Reg.-R. Arth. Frhr. v., Bevölkerungslehre und Bevölkerungspolitik. X, 492 S. M. 13.50; Einbd. M. 2.

Digitized by Google

Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften in selbstständigen Bänden. Begründet von Kuno Frankenstein, fortgesetzt von Max v. Heckel. 3. Abth. Staats- und Verwaltungslehre. III. Bd. in 2 Th. gr. 8. Leipzig, C. L. Hirschfeld.

III. Petersilie, Prof. Dr. A., Das öffentliche Unterrichtswesen im Deutschen Reiche und in den übrigen europäischen Culturländern. 2 Th. X, 448 u. X, 608 S. M 28; Einbde. à M. 2.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Herausgegeben von Proff. DD. J. Conrad, L. Elster, W. Lexis, Ed. Loening. 2. Suppl.-Bd. Mit Register zum 1. u. 2. Suppl.-Bd., bearb. v. Biblioth. Dr. Paul Lippert. Lex. 8. X, 1076 S. Jena, G. Fischer. Subscr.-Pr. M. 20; geb. M. 22.50; Ladenpr. vom 1. Febr. 1898 ab M. 24; geb. M. 26.50.

Handwörterbuch des gesammten Versicherungswesens einschliesslich der socialpolitischen Arbeiter-Versicherung. Unter Mitwirkung hervorragender Fachleute und Juristen des In- und Auslandes herausgegeben von Eug. Baumgartner. (In 50 Lfgn.) Lex. 8. 1. Bd. S. 1—80. Strassburg, B. Baumgartner. M. 1.50; das cplt. Werk bei Vorausbezahlung M. 50.

Hatschek, Dr. Jul., Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung. gr. 8. VIII, 236 S. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 5.60.

Heilinger, Doc. Dr. Alois, Oesterreichisches Gewerberecht. Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bearbeitet. Commentar der Gewerbeordnung. Mit einem Register vom Hof- u. Ger.-Adv. Dr. M. Felber. 3 Th. in 1 Bd. 2., mit einem Nachtrage vermehrte Ausg.. gr. 8. VIII, 465; 339 S., IV, 253 u. Nachtrag 115 S. Wien, Manz. M. 12; geb. M. 13.20; Nachtrag allein (115 S.) M. 1.

Herz, Landesger.-Auscult. Dr. Hugo, Der gegenwärtige Stand und die Wirksamkeit der Arbeiterschutzgesetzgebung in Oesterreich. gr. 8. VI, 107 S. Wien, F. Deuticke. M. 2.

Hübler, Geh. Ob.-Justizr. Prof. Dr. Bernh., Kirchenrechtsquellen Urkundenbuch zu Vorlesungen über Kirchenrecht. 3. Aufl. gr. 8. X, 114 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 2.40.

Hue de Grais, Reg.-Präs., Graf, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preussen und dem Deutschen Reiche. 12. Aufl. gr. 8. XII, 584 S. Berlin, J. Springer. Geb. in Leinw. M. 7; u. m. Schreibpap. durchsch. M. 8.50.

Illing, wirkl. Geh. Ob.-Reg.-R., vortrag. Rath, Handbuch für preussische Verwaltungsbeamte, im Dienste des Staates, der Communalverbände, der Corporationen und für Geschäftsleute. 7. Aufl., bearb. v. Reg.-R. Dr. Geo. Kautz. gr. 8. 1. Abth., 688 S. Berlin, A. Haack M. 34.

Kähler, Priv.-Doc. Dr. Wilh., Beiträge zur Lehre von den öffentlichen Schulden. 1. Hft.: Die preussischen Communalanleihen mit besonderer Rücksicht auf eine Centralisation des Communalcredits. gr. 8. IV, 121 S. mit 2 Tab. Jena, G. Fischer. M. 4.

Keller, Dr. Gfr., Der Staatsbahngedanke bei den verschiedenen Völkern. Historisch dargestellt. gr. 8. III, 240 S. Aarau, E. Wirz. M. 4.

Krais, Verwaltgsgerichtsh.-Dir. Wilh. v., Handbuch der inneren Verwaltung im diesrheinischen Bayern. 4. Aufl. 4. Lfg. gr. 8. 2. Bd. V u. S. 177—356. München, C. H. Beck. M. 2.50. 2 Bd. cplt. M. 5; geb. M. 6.

Kunze, Ob.-Verwaltgsger.-R. Fr., u. Reg.-R. Dr. G. Kautz, Die Rechtsgrundsätze des königl. preussischen Ober-Verwaltungsgerichts. Begründet v. K. Parey. 3. Aufl. 1. Bd. gr. 8. X, 672 S. Berlin, J. J. Heine, M. 12; geb. in Leinw. M. 13.

Landmann, Staatsminist. Dr. Rob. v., Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsmaterialien, der Praxis und der Literatur erläutert u. m. den Vollzugsvorschriften hrsg. 3. Aufl., unter Mitwirkg. des Verf. bearb. v. Bez.-Amtsasses. Dr. Gust. Rohmer. 2. Bd. Gewerbeordnung §§ 105—155 nebst Vollzugsvorschriften, Nachtrag u. Sachregister. gr. 8. VIII, 859 S. München, C. H. Beck. M. 9; geb. in Leinw. M. 10 cplt., M. 18; geb. M. 20.

Digitized by Google

Liechti Eug., Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, speciell Boycott und Arbeitersperre. Diss. gr. 8. 150 S. Zürich, Art. Institut Orell Füssli. M. 2.60.

Liepmann, Priv.-Doc. Dr. M., Die Rechtsphilosophie des Jean-Jacques Rousseau. Ein Beitrag zur Geschichte der Staatstheorien. gr. 8. 144 S. Berlin, J. Guttentag. M. 3.50.

Lorenz, Oberlandesger.-R. Eug., Das Gesetz vom 16. Jänner 1896, R. G. Bl. Nr. 89 ex 1897, betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und einigen Gebrauchsgegenständen und die Ministerial-Verordnung vom 3. April 1897, R. G. Bl. Nr. 90, betreffend die Einsetzung eines ständigen Beirathes für Angelegenheiten des Verkehres mit Lebensmitteln etc., mit Erläuterungen aus den Motiven und Materialien zusammengestellt. 12. VI, 172 S. Wien, Manz. M. 2.40; geb. M. 3.

Lustkandl, Prof. Dr. Wenzel, Verordnungsrecht. (Sep.-Abdr. der Artikel „Nothverordnungen" u. „Verordnungen" aus dem „Oesterreich. Staatswörterbuche".) Lex.-8. 24 S. Wien, A. Hölder. M. 1.20.

Mayrhofer v. Grünbühel, Statth.-Secr. Dr. Heinr., Die Volkszählung in Oesterreich vom Standpunkte des geltenden Gesetzes, ihrer Durchführung und eventuellen Reform. gr. 8. V, 197 S. Graz, Styria. M. 2.50.

Oppenheimer, Dr. Frz., Grossgrundeigenthum und sociale Frage. Versuch einer neuen Grundlegg. der Gesellschaftswissenschaft. gr. 8. XVI, 504 S. Berlin, „Vita", Deutsches Verlagshaus. M. 5.

Pasławski, G. P. v., Erkenntnisse des Reichsgerichtes. 1. Th. 7. Hft. Czernowitz, (Pardini). M. 1.35.

Pensch, Minist.-Vicesecr. Dr. Rud., Das Gesetz vom 25. October 1896, R. G. Bl. Nr. 220, betreffend die directen Personalsteuern sammt der Vollzugsvorschrift, den Nachtragsverordnungen und den noch weiterhin geltenden einschlägigen Gesetzen und Verordnungen. II. Th. II.—VI. Hauptstück nebst Anh., enth. die Nachtragsverordngn. Mit Benützg. der Gesetzesmaterialien erläutert u. m. e. Inhaltsverzeichniss, sowie e. alphabet. General-Sachregister versehen. 3. Ausg. 8. 1. Lfg. 610 S. Wien, M. Perles. M. 10, I u. II M. 13; geb. M. 14.40.

— — Unsere Werthpapiere und die neue Rentensteuer. Für Werthpapierbesitzer zum bequemen Nachschlagen u. z. raschen Orientirung auf Grundlage des im k. k. Finanzministerium zusammengestellten Verzeichnisses hrsg. 4. Taus. 8. 32 S. Wien, A. Hölder. M. 40.

— — Werthpapier-Kataster. Abdr. der im k. k. Finanzministerium zusammengestellten Uebersicht üb. die Behandlg. der Zinsen der wichtigsten inländ. Werthpapiere (mit Ausnahme der Actien, Cassenscheine etc. u. der auf Namen laut. Titres) in Bezug auf die Rentensteuer nach dem Gesetze vom 25. October 1896, R. G. Bl. Nr. 220, betr. die directen Personalsteuern. Nach dem Stande vom 1. Jänner 1897 unter Berücksicht. der wichtigsten nachträglichen Veränderg. 4. Taus. (Aus „P., das Gesetz etc. betr. die directen Personalsteuern".) 8. 53 S. Wien, M. Perles. M. —.60.

Petersen, Oberinsp. Th., Das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 in der Fassung des Gesetzes vom 10. April 1892, nebst dem Gesetz über die eingeschriebenen Hilfscassen vom 7. April 1876 in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juni 1884 und den in den Unfallversicherungsgesetzen vom 6. Juli 1884 u. 5. Mai 1886 enth. die Krankenversicherg. betr. Bestimmgen. 3. Aufl. gr. 8. XVII, 655 S. Hamburg, Grefe & Tiedemann. M. 6.

Possanner, B. Frhr. v., Die Pensionen u. s. w. der österreichischen Civilbediensteten. 2—4 Heft. Wien, Manz, à M. 1.50.

Protokoll, stenographisches, der vom k. k. Ministerium des Innern veranstalteten, in der Zeit vom 19. März bis 21. Mai 1897, abgehaltenen Enquête über die Reform des Krankenversicherungsgesetzes. Lex. 8. XIX, 477 S. Wien, Hof- und Staatsdruckerei. M. 5.

Radó-Rothfeld, Dr. S., Die ungarische Verfassung, geschichtlich dargestellt. Mit e. Anhang: Die wichtigsten Verfassungs-Gesetze. gr. 8. VII, 212 S. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. M. 3.60.

Digitized by Google

Reichesberg, Doc. Dr. Naum, Die Arbeiterfrage einst und jetzt. Ein akadem. Vortrag. 8. 55 S. Leipzig, G. H. Wigand. M. —.50.

Reisch, Minist.-Secr. Dr. Rich., Die directen Personalsteuern in Oesterreich. Unter Darstellg. ihrer parlamentar. Verhandlg. u. des Inhaltes der Vollzugsvorschriften erörtert. gr. 8. IV, 195 S. Wien, Manz. M. 3.

Scherer, Oberamtsricht. R., Gewerbeordnung in der neuesten Fassung und das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes mit Anmerkungen, sowie die einschlagenden Verordnungen. 12. VIII, 364 S. Karlsruhe, K. Scherer. Geb. in Leinw. M. 3.

Schicker, Bundesr.-Bevollm. Minist.-Dir. v., Die Organisation des Handwerks. Reichsgesetz vom 26. Juli 1897 m. Erläutergn. u. Musterstatuten. (Aus „Sch., die Gewerbeordng. f. das Deutsche Reich"; 4. Aufl.) gr. 8. IV, 315 S. Stuttgart, W. Kohlhammer. M. 3.20; geb. M. 3.80.

Schiff, Dr. Walt., Oesterreichs Agrarpolitik seit der Grundentlastung. 1. Bd. 2 Halbbde. gr. 8. Tübingen, H. Laupp. 1. XVI, 304 S. M. 6. 2. S. 305 bis 676. M. 8.

Schlusser, Ob.-Bürgermstr. Dr. Gust., Das badische Polizeistrafrecht, enthaltend das badische Polizeistrafgesetzbuch, den allgemeinen Theil und Abschnitt XXIX. des besonderen Theils des Reichsstrafgesetzbuchs, sowie die sonst einschlägigen Gesetzesbestimmungen, nebst den zu deren Vollzug erlassenen Verordnungen — nach dem Stande vom 1. Juni 1897 — und Erläuterungen. Als neue Bearbeitg. des II. Ths. des Bingner-Eisenlohr'schen „Bad. Strafrechts" hrsg. 2. Aufl. Mit Anh.: Das Polizeistrafverfahren im Großherzogth. Baden v. Amtm. Dr. C. Baur. gr. 8. XVIII, 703 u. VI 158 S. Karlsruhe, J. Lang. M. 10; geb. M. 11.

Schmidt, Reg.-Acces. Dr. Geo., Die kirchenrechtlichen Entscheidungen des Reichsgerichts und der bayerischen obersten Gerichtshöfe aus dem Gebiete der in Bayern geltenden Rechte. 7. (Schluss-) Lfg. gr. 8. 3. Bd. X, 904 S. München, J. Schweitzer's Verl. M. 11.40 3 Bd. cplt. M. 11.40; 3 Bde. cplt. M. 32; Einbde à M. 2.

Schmöle, Priv.-Doc. Dr. Josef, Die socialdemokratischen Gewerkschaften in Deutschland seit dem Erlasse des Socialisten-Gesetzes. 2. Th.: Einzelne Organisationen. 1. Abthlg. Der Zimmerer-Verband. gr. 8. IX, 300 S. Jena, G. Fischer. M. 6.

Schneider, Lyc.-Prof. Dr. Phpp., Die particulären Kirchenrechtsquellen in Deutschland u. Oesterreich. Gesammelt u. m. erläut. Bemerkgn. versehen. gr. 8. XXVI. 598 S. Regensburg, A. Coppenrath's Verl. M. 10.

Schoen, Prof. Dr. Paul, Das Landeskirchenthum in Preussen. (Aus „Verwaltungsarchiv". gr. 8. III, 107 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 2.

Schollenberger, Prof. Dr. J., Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Cantone. II. Bd. Das Verwaltungsrecht. Innere Verwaltung. gr. 8 XVIII, 363 S. Zürich, A. Müller's Verl. M. 7.

Schuster Edler v. Bonnott, Rud., u. Aug. Weeber, Sect.-Räthe DD., Die Rechtsurkunden der österreichischen Eisenbahnen. Sammlung der die österreich. Eisenbahnen betr. Specialgesetze, Concessions- u. sonst. Rechtsurkunden. 25., 26. u. 27. (Schluss-) Hft. gr. 8. 3. Bd. XIII u. S. 833—1155. Wien, A. Hartleben. M. 2.25.

Schwiedland, Priv.-Doc. Dr. Eug., Eine vorgeschrittene Fabriksgesetzgebung. Die Fabriksgesetze der Colonie Neu-Seeland vom 18. October 1896 und 12. October 1896. gr. 8. 91 S. Wien, Manz. M. 1.20.

Seidler, Prof. Dr. Gust., Leitfaden der Staatsverrechnung. 1. Th. Grundsätze der allgemeinen Verrechnungslehre. 4. Aufl. gr. 8. VIII, 98 S. Wien, A. Hölder. M. 2.40.

Spiegel, Priv.-Doc. Dr. Ludw., Die heimatrechtliche Ersitzung. gr. 8. VIII, 216 S Wien, Manz. M. 3.60.

Staatswörterbuch, österreichisches. Handbuch des gesammten österreichischen öffentlichen Rechtes Herausgegeben unter Mitwirkung zahlreicher hervorragender Fachmänner von Proff. DD. Ernst Mischler und Josef Ulbrich.

Digitized by Google

35. u. 36. Lfg Lex.-8. 2. Bd. 2. Hälfte. XII u. S. 1725—1828. Wien, A. Hölder. M. 2.90. 2. Bd. 2. Hälfte. M. 23.40; geb. M. 31.60.

Statistik, österreichische, herausgegeben von der k. k. statistischen Central-Commission. 47. Bd. 3. Hft. Imp. 4. Wien, C. Gerold's Sohn in Comm.

3. Ergebnisse, die, der Strafrechtspflege 1894. 3. Heft der „Statistik der Rechtspflege" für das Jahr 1894. Bearbeitet von dem Bureau der k. k. statistischen Central-Commission unter Mitwirkung des k. k. Justizministeriums. II, XLIII, 169 S. M. 6.

Stengel, Prof. Dr. Carl Frhr. v., Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. In Verbindung mit vielen Gelehrten und höheren Beamten herausgegeben. 3. Ergänzungsband. (Abgeschlossen am 30. Juni 1897.) Lex. 8. IV, 371 S. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr. M. 11; geb. in Halbfrz. M. 13.

Tezner, Priv.-Doc. Dr. Frdr., Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. 1. Heft. gr. 8. 214 S. Wien, A. Hölder. M. 3.

Treitschke, Heinr. v., Politik. Vorlesungen, gehalten an der Universität zu Berlin. Herausgegeben von Max Cornicelius. (In 2 Bdn.) 1. Bd. gr. 8. IX, 395 S. Leipzig, S. Hirzel. M. 8; geb. M. 10.

Ulbrich, Prof. Dr., Das Verwaltungsrecht im Rechts- und Culturstaate der Gegenwart. Rectoratsrede. gr. 8. 20 S. Prag, J. G. Calve. M. —.40.

Unger, Magistr.-Assess. Dr. Emil, Entscheidungen des Gewerbegerichts zu Berlin unter Berücksichtigung der Praxis anderer deutscher Gerichte. Systematisch zusammengestellt und herausgegeben. gr. 8. VIII, 284 S. Berlin, C. Heymann's Verl. M. 4.

Unger, Geh. expedir. Secr. u. Calcul. Heinr., Die Irrengesetzgebung in Preussen, nebst den Bestimmungen über das Entmündigungsverfahren, sowie die Einrichtung und Beaufsichtigung der Irrenanstalten. Nach deutschem Reichs- und preussischem Landesrecht dargestellt. gr. 8. VIII, 266 S. Berlin, Siemenroth & Troschel. M. 5.50; geb. in Leinw. M. 6.50.

Weigelsperg, Sectionschef Béla Frhr. v., Compendium der auf das Gewerbewesen bezugnehmenden Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften. VIII. Nachtragsheft. (Mit einem die sämmtlichen bisher erschienenen Nachtragshefte umfassenden alphabetischen Register.) gr. 8. II, 116 S. Wien, Manz. M. 1.80.

Wolf Edler v. Glanvell, Dr. Vict., Studien aus dem canonischen Privatrechte. I. Die Negotia inter vivos. gr. 8. IV, 219 S. Graz, Styria. M. 4.

Zeitfragen, volkswirthschaftliche. Vorträge und Abhandlungen, herausgegeben von der volkswirthschaftlichen Gesellschaft in Berlin. 156. Heft. (20 Jahrg., 4. Heft.) gr. 8. Berlin, L. Simion.

156. Brentano, Lujo, Die Entwicklung des englischen Erbrechts in das Grundeigenthum. Vortrag. 31 S. M. 1.

Zelle, Ob.-Bürgermstr. R., Handbuch des geltenden öffentlichen und Privatrechts für das Gebiet des preussischen Landrechts. Unter Mitwirkung von Stadtr. F. Turbié und Assess. R. Korn herausgegeben. 4. Aufl. gr. 8. XVIII, 610 S. Berlin, J. Springer. Geb. in Leinw. M. 7.

Zeltner, A., Populäre Darstellung der österreichischen Gebäudesteuer mit praktischen Beispielen, ausgefüllten Formularien und einem alphabetischen Sachregister. 8. V, 97 S. Wien, R. Lechner & Sohn in Comm. M. 1.70.

Zolger, Statthalterei-Conceptspraktik. Dr. Joh., Oesterreichisches Verordnungsrecht, verwaltungsrechtlich dargestellt. gr. 8. VII, 424 S. Innsbruck, Wagner. M. 6.

VII. Internationales Recht.

Descamps, Senat.-Präs. Ritter v., Die Organisation des internationalen Schiedsgerichtes. Eine Denkschrift an die Mächte. Mit einem Anhang: Project über die Errichtung eines permanenten internationalen Schiedsgerichtshofes in der durch die interparlamentarische Conferenz zu Brüssel (Session 1895)

Digitized by Google

angenommenen Form. Uebersetzt von Alfr. Herm. Fried. 8. XI, 108 S. München, A. Schupp. M. —.60.

Müller, Kammerger.-Ref. Wilh., Die Klageverjährung im internationalen Privatrecht. gr. 8. VI, 40 S. Konitz, W. Dupont. M. 1.

Pflug, Dr. Carl: Staatsbankerott und internationales Recht. Gekrönte Preisschrift. Mit einem Anhang: Die Organisation der internationalen Controle der griechischen Staatsfinanzen. gr. 8. IV, 100 S. München, J. Schweitzer's Verl. M. 3.

Recueil, nouveau, général du traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens par Prof. Fel. Stoerk. 2. série. Tome XXII. 1.—3. livr. gr. 8. S. 1—675. Leipzig, Dieterich's Verl. M. 29.40.

— — Tome XXIII. 1. livr. gr. 8. S. 1—272. Ebenda. M. 13.60.

Recueil des traités et conventions, conclus par la Russie avec les puissances étrangères. Publié d'ordre du ministère des affaires étrangères par F. de Martens. Tome XII. Lex. 8. St. Petersburg, A. Zinserling. M. 12.

XII. Traités avec l'Anglettere. 1832—1895. XIII, 504 S.

Senga, Dr. Tsurutaro, Gestaltung und Kritik der heutigen Consulargerichtsbarkeit in Japan. 2 Abthlgn. gr. 8. VI, 160 S. Berlin, R. L. Prager. M. 4.

Ullmann, Prof. Dr. E., Völkerrecht. (Aus „Handbuch des öffentlichen Rechts".) gr. 8. XI, 376 S. Freiburg i. B., J. C. B. Mohr. M. 9; geb. M. 10.25.

Zitelmann, Ernst, Internationales Privatrecht. 2. Bd. 1. Hälfte. gr. 8. S. 1—304. Leipzig, Duncker & Humblot. M. 6.40.

Digitized by Google

Inhalt des XXV. Bandes.

Abhandlungen.

Seite

I. *Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts.* Von Dr. Friedrich Tezner, Privatdocenten an der Wiener Universität (Fortsetzung) . 1

II. *Die Finanzprocuratur.* Ein Beitrag zur Reform derselben. Von Dr. Adolf Last, k. k. Finanzprocuratur-Secretär in Czernowitz 99

III. *Studium zum Patentrecht mit besonderer Beziehung auf das neue österreichische Patentgesetz.* I. Von Prof. J. Kohler in Berlin . . 209

IV. *Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen.* Für das österr. Recht beleuchtet von Prof. Dr. Schiffner in Innsbruck . . 267

V. *Der Einfluss des Rechtsstreites auf das streitige Recht.* Vom Privatdocenten Dr. Armin Ehrenzweig in Wien 281

VI. *Die Anstiftung zu dem Verbrechen nach §. 143 des Strafgesetzes.* Von Dr. Jul. Makarewicz, Privatdocenten des Strafrechts, k. k. Gerichtsadjuncten und Untersuchungsrichter in Krakau 317

VII. *Das Pfandrecht an eigener Sache.* Von Heinrich Gerland, Strassburg 343

VIII. *Der österreichische Kaisertitel, seine Geschichte und seine politische Bedeutung.* Von Dr. Friedrich Tezner 351

IX. *Das Recht der Minoritäten.* Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Wien von Dr. Georg Jellinek, o. ö. Professor der Rechte an der Universität Heidelberg 429

X. *Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen.* Ueberarbeitung eines am 17. März 1897 in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltenen Vortrags. Von Prof. Dr. A. v. Tuhr 529

XI. *Die Strafpflicht der politischen Behörden.* Vom Privatdocenten Dr. Carl Brockhausen in Wien 585

XII. *Die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes.* Von Dr. Max Pollak. 609

XIII. *Die Straffälligkeit wegen Arbeitsscheu in Oesterreich.* Von Dr. Hugo Hoegel, Sectionsrath im k. k. Justizministerium 623

Literatur.

Seite

1. Dr. Emil Steinbach: *Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation.* Wien 1897, Manz'sche Hofbuchhandlung. 8° u. 184 S. Von Dr. Rudolf Sieghart, Wien 139

2. Dr. Ernst Demelius: *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht.* Mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Erste Abtheilung

Digitized by Google

Seite

Wien 1897. XII und 366 S. Vom Privatdocenten Dr. Armin Ehrenzweig 148

3. Alkibiades Krassas, Professor an der Universität Athen: *Civilrechtliche Literatur in Griechenland.* Insbesondere mit Bezug auf: Σύστημα Ἀστικοῦ Δικαίου ὑπὸ Ἀλκιβιάδου Χ. Κρασσᾶ. Ἡρῶτος. Γενικαὶ Διδασκαλίαι. (System eines Civilrechtes. Erster Band. Allgemeine Lehren. Verlag von A. Konstantinides, Athen 1897. S. α—αβ! und 1—621. Von Dr. Konstantin A. Basiliu, Athen, z. Z. Berlin 160

4. Dr. Heinrich Horten: *Die Jurisdictionsnorm und ihr Einführungsgesetz.* Ein Commentar. I. Hälfte. Manz, 1898. Von Dr. Berthold Pick, Wien 175

5. Dr. Karl Hiller, k. k. Regierungsrath, ord. Professor d. Strafrechtes in Czernowitz: *Die Disciplinarstrafen in den österreichischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnissen.* In rechtsvergleichender Darstellung. Leipzig und Wien, Franz Deuticke. XI und 174 S. Vom Privatdocenten Dr. Lenz 186

6. Dr. R. Schröder, Professor der Rechte an der Universität zu Heidelberg: *Das eheliche Güterrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in seinen Grundzügen.* Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8°. 36 S. Von Dr. Carl Deybeck, München. 188

7. Dr. Leonhard Jacobi, Justizrath, Universitätsprofessor, Privatdocent an der Universität Berlin: *Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.* Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8°. 90 S. Von Dr. Carl Deybeck, München . 188

8. Dr. Emil Strohal, Professor der Rechte in Leipzig: *Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896.* In kurzgefasster Darstellung. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1896. gr. 8. 168 S. Von Dr. Carl Deybeck, München 189

9. Dr. Friedrich Schollmeyer, Geh. Justizrath, ord. Prof. an der Universität Würzburg: *Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich.* Eine Darstellung und Erläuterung der Hauptbestimmungen. Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1897. gr. 8.° 122 S. Von Dr. Carl Deybeck, München 190

10. Prof. I. Conrad in Halle a. S.: *Grundriss zum Studium der politischen Oekonomie.* I. Theil: Nationalökonomie. Jena, bei G. Fischer, 1896; II. Theil: Volkswirthschaftspolitik. Ebenda 1897. Von C. Menger . . 193

11. Prof. Dr. Philippovich: *Grundriss der politischen Oekonomie.* I. Bd.: Allgemeine Volkswirthschaftslehre. Zweite, verbesserte und vermehrte Aufl. Freiburg, bei I. C. B. Mohr, 1897. XII, 392 S. Von C. Menger 194

12. Ferdinand Böhm: *Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung.* Zweite, durchgearbeitete Auflage. Verlagsbuchhandlung von Gebrüder Reichel, Augsburg 1895. 588 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München. 194

13. Dr. W. Endemann: *Die rechtliche Behandlung der Arbeit.* Jena, Gustav Fischer, 1897. Von Dr. Leopold Menzinger, München . . . 195

14. Dr. v. Freydorf: *Autorrecht und Rechtssystem.* Literarische und kritische Studie. Mannheim 1894. 240 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 196

15. Dr. W. Reuling: *Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten Entwurfe eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes und über den Rechtsschutz von Fabrications- und Geschäftsgeheimnissen.* Berlin, R. Gaertner's Verlagsbuchhandlung, 1895. 116 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 196

16. Dr. jur. Otto Opet, Privatdocent an der Universität Bern: *Deutsches Theaterrecht unter Berücksichtigung der fremden Rechte systematisch dargestellt.* Berlin 1897, Verlag von S. Calvary & Comp. Von Dr. Leop. Menzinger, München 197

17. Dr. Otto Fischer, ord. Prof d. R. zu Breslau, und Wilh. Henle, Regierungsrath im königl. bayer. Staatsministerium der Justiz zu München:

Digitized by Google

Seite

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetz vom 18. August 1896. Handausgabe mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister. In Verbindung mit Eugen Ebert, Amtsgerichtsrath und Hilfsrichter am Oberlandesgerichte zu Breslau, und Heinrich Schneider, Regierungsrath im königl. bayer. Staatsministerium der Justiz zu München, herausgegeben. München, C. G. Becksche Verlagsbuchhandlung, 1897. XXVIII und 1142 S. Dr. Leopold Menzinger, München 198

18. Dr. T. Bödiker, Präsident des Reichsversicherungsamtes: *Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten.* Leipzig, Duncker & Humblot, 1895. VIII und 352 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München . . . 199

19. Hans Schuler: *Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabriks- und Geschäftsgeheimniss.* I. D. Zürich, Orell Füssli, 1895. 209 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München . 200

20. Th. Hergenhahn: *Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.* Mit einer Einleitung über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Charakterisirung der neuen Gesellschaftsform erläutert. 3., vermehrte und wesentlich veränderte Auflage, bearbeitet von Dr. J. Liebmann, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main. Berlin 1895, Verlag von Otto Liebmann. XXXII und 164 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 201

21. Dr. Georg Cohn, o. ö. Professor an der Universität Zürich: *Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen.* I. Allgemeiner Theil. Berlin 1896, Verlag von Otto Liebmann. VIII und 95 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 201

22. Heinrich Hoschke: *Der Effectenterminhandel und die Börsenreform mit besonderer Berücksichtigung des neuen Börsengesetzes für das Deutsche Reich vom 22. Juni 1896.* Leipzig, Verlag von Raim. Gerhard, 1896. 271 S. Von Dr. Fr. Pollitzer, Wien 202

23. Dr. Paul Hammerschlag, Vice-Director des Wiener Giro- und Cassenvereines: *Das Gesetz vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195, über die Effecten-Umsatz-Steuer.* Für die praktische Anwendung dargestellt. Wien 1897, Manz'scher Verlag. VI und 179 S. Von Dr. Leopold Sternlicht, Wien 204

24. *Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen* vom 27. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 117, und das Pressgesetz vom 17. Dec. 1862, R. G Bl. 1863 Nr. 6, sammt den ergänzenden und erläuternden Gesetzen und Verordnungen unter Anführung einschlägiger Beschlüsse und Entscheidungen des Obersten Gerichts- und Cassationshofes. (Taschenausgabe der österreichischen Gesetze, Bd. IV.) 18. Auflage. Wien 1897, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 845 S. Von Dr. Leopold Sternlicht, Wien 206

25. Dr. Karl Frühwald, k. k. Landesgerichtsrath in Wien: *Handbuch für die civilgerichtliche Thätigkeit der k. k. Bezirksgerichte.* Nach den neuen Processgesetzen bearbeitet. Wien 1897, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. X und 652 S. Von Dr. Leopold Sternlicht, Wien 207

26. Dr. Adolf Wagner, Professor der Staatswissenschaften an der Berliner Universität: *Grundriss zu Vorlesungen über Finanzwissenschaft.* Berlin 1898, Puttkammer & Mühlbrecht. II und 144 S. Von C. Menger 467

27. Dr. Marcell Chlamtacz: *Die rechtliche Natur der Uebereignungsart* durch Tradition im römischen Recht. Leipzig, Franz Wagner, 1897. IX, 205 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Charlottenburg 468

28. Franz Leonhard: *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse.* Göttingen, Dietrich, 1896. 95 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Charlottenburg 479

29. Dr. Anton Hess, Rechtsanwalt zu Hamburg: *Besitzen heisst gesichert sein!* Thema und Beweis. Hamburg, O. Meissner, 1895. 110 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Charlottenburg 483

Digitized by Google

Seite

30. *Paul Frédéric Girard: Manuel élémentaire de droit Romain.* Paris, A. Rousseau, 1896 (und 1897). XVI, 1050 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Charlottenburg 488
31. Georg Frenzel: *Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio.* Ein psychologischer Versuch. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1897. 51 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Charlottenburg . 490
32. *Beauchet Ludovic, professeur à la faculté de droit à Nancy: Histoire du droit civil de la république athénienne.* Paris 1897. 4 Bände. Von Prof. Dr. Hruza 492
33. Alfred R. v. Wretschko: *Das österreichische Marschallamt im Mittelalter.* Ein Beitrag zur Geschichte der Verwaltung in den Territorien des Deutschen Reiches. Auf urkundlicher Grundlage dargestellt. Wien 1897. XXVI u. 263 S. Von Prof. Sigmund Adler, Wien 495
34. L. Gaupp: *Die Cicilprocessordnung für das Deutsche Reich.* Unter Mitwirkung von Friedrich Stein. 3. Auflage. Verlag von J. B. Mohr, 1896 ff. Lief 1—18. Vom Privatdocenten Dr. Pollak 500
35. Dr. Hans Benneeke, Professor in Breslau: *Strafrechtliche Abhandlungen.* Unter Mitwirkung von mehreren Professoren. Schletter'sche Buchhandlung. Heft 2—11. Vom Privatdocenten Dr. Lenz 502
36. Dr. Alfred Halban, Professor an der k. k. Franz Josefs-Universität in Czernowitz: *Zur Geschichte des deutschen Rechtes in Podolien, Wolhynien und der Ukraine.* Berlin, Prager, 1896. XII, 136 S. Vom Privatdocenten Dr. v. Wretschko, Wien 504
37. Philipp Lotmar, Professor in Bern: *Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht.* Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1896. 198 S. Von Dr. Carl Deybeck, München 508
38. Theodor Nessel, wirkl. Geh. Oberjustizrath und Kammergerichts-Senatspräsident a. D.: *Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprocess nach preussischem Recht.* Unter Berücksichtigung des gemeinen und rheinischen Rechts systematisch und kritisch erörtert. Berlin, Verlag von Franz Vahlen, 1897. gr. 8°, 101 S. Von Dr. Carl Deybeck, München 511
39. Dr. Friedrich Stein, Professor der Rechte in Halle: *Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprocessordnung.* Auf Grund eines in der Juristischen Gesellschaft in Wien gehaltenen Vortrages. Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, XLVIII. Jahrg., Nr. 9 und 10 (65 ff.). (Nunmehr auch Separat-Abdruck von 28 S. Wien 1897.) Von Dr. Carl Deybeck . . 512
40. Dr. Haidlen, Landrichter: *Bürgerliches Gesetzbuch* nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 5 Bde. Stuttgart, Verlag von W. Kohlhammer, 1897. Bd. I, 980 Seiten, enthaltend den allgemeinen Theil und das Recht der Schuldverhältnisse. — Bd. II, 498 Seiten, enthaltend das Sachenrecht. — Bd. III, 813 Seiten, enthaltend das Familienrecht. — Bd. IV, 616 Seiten, enthaltend das Erbrecht und das Einführungsgesetz. — Bd. V, 181 Seiten, enthaltend Inhaltsübersicht und Sachregister. Von Dr. Leop. Menzinger, München 515
41. Dr. jur. Reitz, kaiserlicher Generalconsul a. D., Syndicus der Handelskammer zu Nordhausen: *Gesetz über die Handelskammern* vom 24. Februar 1870 und 19. August 1879. Berlin 1897, Verlag von Franz Vahlen. IV und 156 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München . . . 516
42. C. F. v. Gerber: *System des deutschen Privatrechts.* Auf der Grundlage des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich neu bearbeitet von Conrad Cosack, Professor i. B. 17. Auflage. Jena, Gustav Fischer, 1895. XXII und 572 Seiten. Von Dr. Leopold Menzinger, München 517
43. J. Peltzer, Regierungsrath: *Das Gesetz,* betreffend das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern vom 8. Juni 1896. Unter Benützung

Digitized by Google

Seite

der Gesetzesmaterialien für das Gebiet des allgemeinen Landrechts erläutert. Berlin 1896, Verlag von Franz Vahlen. 149 S. Von Dr. Leop. Menzinger, München 517

44. W. Gleim, wirklicher geheimer Oberregierungsrath: *Das Gesetz*, betreffend das Pfandrecht an Privat- und Kleineisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben vom 19. August 1895. Berlin 1896. Verlag von Franz Vahlen. 144 Seiten. Von Dr. Leop. Menzinger, München 518

45. Dr. W. Reuling: *Das Ebenburtsrecht des Lippeschen Hauses nach Hausgesetzen und Hausobservanz.* Rechtsgutachten, Seiner Durchlaucht dem Fürsten zu Schaumburg-Lippe erstattet. Mit einem Anlagenheft. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1897. 308 und 178 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 518

46. Dr. jur. F. Hauptmann: *Das Wappenrecht.* Historische und dogmatische Darstellung der im Wappenwesen geltenden Rechtssätze. Ein Beitrag zum deutschen Privatrecht. Mit zwei Farbendrucktafeln und 104 Textillustrationen. Bonn, Verlag und Druck von P. Hauptmann, 1896. 8°, XVI und 584 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München . . 520

47. Dr. Josef Trutter in München: *Das österreichische Civilprocessrecht* in systematischer Darstellung. Theil II. Besonderer Theil, S. 256—680. Wien 1897, Verlag von Moritz Perles. Von Dr. Herm. Ortloff, weiland a. o. Professor in Jena, jetzt Landgerichtsrath a. D. in Weimar 521

48a. Wolfgang Stintzing: *Der Besitz.* Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung. Erster Theil: Der Sachbesitz. Erstes Buch: Wesen desselben. München. Th. Ackermann, 1889. 155 S., 8°. (Heft 1.) Zweites Buch: Das Recht des (Sach-) Besitzes. *A.* Bedeutung der *naturalis possessio.* Ebenda 1895, 60 S., 8°. (Heft 2.) Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig . . 729

48b. Wolfgang Stintzing: *Zur Besitzlehre.* Kritische Streifzüge. Ebenda 1892, 143 S., 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig 729

49. Wilhelm v. Seeler, Professor an der Universität Charkow: *Die Lehre vom Miteigenthum nach römischem Rechte.* Halle, Max Niemeyer, 1896. 169 S. 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig 732

50. Max Fleischmann: *Das pignus in causa judicati captum.* Eine civilistische Studie. Breslau, W. Köbner, 1896. VII, 104 S., 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig 741

51. Hugo Kaufmann: *Zur Lehre von dem Inhalte einer Geldschuld.* Bonner Inaugural-Dissertation. Crefeld 1894. 55 S., 8°. Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig 748

52. Prof. G. P. Chironi: *La Colpa nel Diritto civile odierno. 2. Edizione interamente rifatta.* Opera premiata dalla R. Accademia dei Lincei col premio Reale per le Scienze giuridiche. (Parte 1) Colpa contrattuale. Torino, Fratelli Bocca, 1897. Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig . . . 748

53. Eduard Braun: *Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung?* Erlanger Inaugural-Dissertation. Leipzig, P. Braun, 1896. 58 S., 8° Von Dr. Hugo Krüger, Leipzig 750

54. Dr. Berthold Pick, k. k. Adjunct der Finanzprocuratur: *Die Uebergangsbestimmungen der Executionsordnung.* Sonderabdruck aus der „Allgem. österr. Ger.-Ztg." Wien, Manz, 1898, 20 S. Von Dr. Pollak 754

55. Hugo Keyssner, geheimer Justizrath und Kammergerichtsrath: *Das Recht am eigenen Bild.* Berlin, Guttentag, 1896. 63 S. Von Dr. Leop. Menzinger, München 756

56. Dr. jur. Max Landmann: *Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean-Jaques Rousseau.* Ein Beitrag zur Entwicklung des Souveränitätsbegriffes. Leipzig 1896. 136 S. Von Dr. Leopold Menzinger, München 756

57. Ernst Heymann: *Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts* nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (Reichs-

Digitized by Google

Seite

tagsvorlage.) Breslau 1896. 68 S. Habilitationsschrift. Von Dr. Leop. Menzinger, München 757

58. Dr. Paul Schulz, Ministerialsecretär und Referent im k. k. Handelsministerium: *Manz'sche Taschenausgabe der österreichischen Gesetze.* Die Vorschriften betreffend den Schutz der Erfindungen, Marken und Muster. Von Prof. Grünhut, Wien 757

59. Dr. Franz Pollitzer: *Das österreichische Handelsrecht.* Ein Leitfaden für Studirende. Systematisch dargestellt. (X und 771 S.) Wien 1895. Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. Von Dr. Philipp Münz, Hof- und Gerichtsadvocat in Wien 758

60. Dr. jur. Albrecht Mendelssohn-Bartholdy: *Beiträge zur Auslegung des §. 72 der C. P. O.* Leipzig 1898. Von Dr. Berthold Pick, Wien . 759

Literatur-Uebersicht. (Angelegt von Dr. Leopold Sternlicht.) 1897 bis 1898. (Vom 1. Juli 1897 bis 30. Juni 1898.) I. Allgemeine Rechtslehren und Rechtsgeschichte. — II. Römisches Recht. — III. Civilrecht und Civilprocess. — IV. Handelsrecht und Volkswirthschaft. — V. Strafrecht und Strafprocess. — VI. Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht. — VII. Internationales Recht . . . . . 762—787

Inhalt des XXV. Bandes . . . . . 788—793

Register zu der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Band XXV . . . . . 794—798

I. Uebersicht der im fünfundzwanzigsten Bande beurtheilten oder angezeigten Werke . . . . . 794—795

II. Uebersicht der Autoren, welche zu dem fünfundzwanzigsten Bande Beiträge geliefert haben . . . . . 795—797

III. Alphabetisches Sachregister . . . . . 797—798

Digitized by Google

REGISTER

zu der

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

Band XXV.

(Die Ziffer bedeutet die Seitenzahl.)

I. Uebersicht

der im XXV. Bande der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart

beurtheilten oder angezeigten Werke.

Beauchet, Ludovic: Histoire du droit civil de la république athénienne. 492.

Bennecke, Dr. Hans: Strafrechtliche Abhandlungen. 502.

Bödiker, Dr. T.: Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. 199.

Böhm, Ferdinand: Handbuch d. internationalen Nachlassbehandlung. 191.

Braun, Eduard: Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung? 750.

Chironi, Prof. G. P.: La colpa nel diritto civile odierno. 748.

Chlamtacz, Dr. Marcell: Die rechtliche Natur d. Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht. 468.

Cohn, Dr. Georg: Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen. 201.

Conrad, Prof. I.: Grundriss zum Studium d. politischen Oekonomie. 193.

Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. 148.

Endemann, Dr. W.: Die rechtliche Behandlung der Arbeit. 195.

Fischer, Dr. Otto, und Wilhelm Henle: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst d. Einführungsgesetz vom 18. August 1896. 198.

Fleischmann, Max: Das pignus in causa judicati captum. 741.

Frenzel, Georg: Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio. 490.

Freydorf, Dr. v.: Autorrecht und Rechtssystem 196.

Frühwald, Dr. Karl: Handbuch für die civilgerichtliche Thätigkeit der k. k. Bezirksgerichte. 207.

Gaupp, L.: Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich. 500.

Gerber, C. F. v.: System des deutschen Privatrechts. 517.

Girard, Paul Frédéric: Manuel élémentaire de droit Romain. 488.

Gleim, W.: Das Gesetz, betreffend das Pfandrecht an Privat- und Kleineisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben vom 19. August 1895. 518.

Haidlen, Dr.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 515.

Halban, Dr. Alfred: Zur Geschichte des deutschen Rechtes in Podolien, Wolhynien und der Ukraine. 504.

Hammerschlag, Dr. Paul: Das Gesetz vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195, über die Effecten-Umsatz-Steuer. 204.

Hauptmann, Dr. jur. F.: Das Wappenrecht. 520.

Hergenhahn, Th.: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. 201.

Hess, Dr. Anton: Besitzen heisst gesichert sein! Thema und Beweis. 483.

Heymann, Ernst: Die Grundzüge des gesetzl. Verwandten-Erbrechts. 757.

Hiller, Dr. Karl: Die Disciplinarstrafen in den österreichischen Strafanstalten u. Gerichtsgefängnissen. 186.

Horten, Dr. Heinrich: Die Jurisdictionsnorm und ihr Einführungsgesetz. 175.

Hoschke, Heinrich: Der Effectenterminhandel und die Börsenreform mit besonderer Berücksichtigung des neuen Börsengesetzes für das Deutsche Reich vom 22. Juni 1896. 202.

Jacobi, Dr. Leonhard: Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches für d. Deutsche Reich. 188.

Kaufmann, Hugo: Zur Lehre von dem Inhalte einer Geldschuld. 748.

Digitized by Google

Keyssner, Hugo: Das Recht am eigenen Bild. 756.

Krassas, Alkibiades: Civilrechtliche Literatur in Griechenland. 160.

Leonhard, Franz: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. 479.

Lotmar, Philipp: Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht. 508.

Mendelssohn-Bartholdy, Dr. Albrecht: Beiträge zur Auslegung des §. 72 C. P. O. 759.

Nessel, Theodor: Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprocess nach preussischem Recht. 511.

Opet, Dr. jur. Otto: Deutsches Theaterrecht. 197.

Peltzer, J.: Das Gesetz, betreffend das Anerbenrecht bei Renten- u. Ansiedelungsgütern vom 8. Juni 1896. 517.

Philippovich, Prof. Dr.: Grundriss der politischen Oekonomie. 194.

Pick, Dr. Berth: Die Uebergangsbestimmungen der Executionsordnung. 754.

Pollitzer, Dr. Franz: Das österreichische Handelsrecht. 758.

Reitz, Dr. jur.: Gesetz über die Handelskammern vom 24. Februar 1870 und 19. August 1879. 516.

Reuling, Dr. W.: Das Ebenburtsrecht des Lippeschen Hauses nach Hausgesetzen und Hausobservanz. 518.

— — Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten Entwurfe eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes und über den Rechtsschutz von Fabrications- und Geschäftsgeheimnissen. 196.

Schollmeyer, Dr. Friedrich: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 190.

Schröder, Dr. R.: Das eheliche Güterrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in seinen Grundzügen. 188.

Schuler, Hans: Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabriks- und Geschäftsgeheimniss. 200.

Schulz, Dr. Paul: Die Vorschriften, betreffend den Schutz der Erfindungen, Marken und Muster. 757.

Seeler, Wilh. v.: Die Lehre v. Miteigenthum nach römischem Rechte. 732.

Stein, Dr. Friedrich: Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprocessordnung. 512.

Steinbach, Dr. Emil: Rechtsgeschäfte d. wirthschaftlichen Organisation. 139.

Stintzing, Wolfg.: Der Besitz. 729.

— — Zur Besitzlehre. Kritische Streifzüge. 729.

Strohal, Dr. Emil: Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896. 189.

Trutter, Dr. Josef: Das österreichische Civilprocessrecht in systematischer Darstellung. 521.

Wagner, Dr. Adolf: Grundriss zu Vorlesungen üb. Finanzwissenschaft. 467.

Wretschko, Alfred R. v.: Das österreichische Marschallamt im Mittelalter 495.

II. Uebersicht der Autoren,

welche zum XXV. Bande der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Beiträge geliefert haben.

Adler, Prof. Sigm.: Ueber Wretschko: Das österreichische Marschallamt im Mittelalter. 495.

Basiliu, Dr. Konstantin A.: Ueber Krassas: Civilrechtliche Literatur in Griechenland. 160.

Brockhausen, Dr. Carl: Die Strafpflicht der politischen Behörden. 585.

Deybeck, Dr. Carl: Ueber Schröder: Das eheliche Güterrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in seinen Grundzügen. 188.

Deybeck, Dr. Carl, Ueber Jacobi: Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 188.

— — Ueber Strohal: Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896. 189.

— — Ueber Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schulverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 190.

— — Ueber Lotmar: Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht. 508.

Digitized by Google

Deybeck, Dr. Carl, Ueber Nessel: Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprocess nach preussischem Recht. 511.
— — Ueber Stein: Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprocessordnung. 512.

Ehrenzweig, Dr. Armin: Der Einfluss des Rechtsstreites auf das streitige Recht. 281.
— — Ueber Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht. 148.

Gerland, Heinrich: Das Pfandrecht an eigener Sache. 343.
Grünhut, Prof. Dr. C. S.: Ueber Schulz: Die Vorschriften betreffend den Schutz der Erfindungen, Marken und Muster. 757.

Hoegel, Dr. Hugo: Die Straffälligkeit weg. Arbeitsscheu in Oesterreich. 623.
Hruza, Prof. Dr.: Ueber Beauchet: Histoire du droit civil de la république athéenienne. 442.

Jellinek, Prof. Dr. Georg: Das Recht der Minoritäten. 429.

Kohler, Prof. J.: Studium zum Patentrecht mit besonderer Beziehung auf das neue österr. Patentgesetz. 209.
Krüger, Dr. Hugo: Ueber Chlamtacz: Die rechtliche Natur der Uebereignungsart durch Tradition im römischen Recht. 468.
— — Ueber Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse. 479.
— — Ueber Hess: Besitzen heisst gesichert sein! 183.
— — Ueber Girard: Manuel élémentaire de droit Romain. 488.
— — Ueber Frenzel: Ueber die Entstehung des römischen Rechtsbegriffs naturalis obligatio. 490.
— — Ueber Stintzing: Der Besitz. 729.
— — Ueber Stintzing: Zur Besitzlehre. 729.
— — Ueber Seeler: Die Lehre vom Miteigenthum nach röm. Rechte. 732.
— Ueber Fleischmann: Das pignus in causa judicati captum. 741.
— — Ueber Kaufmann: Zur Lehre von dem Inhalte einer Geldschuld. 748.
— — Ueber Chironi: La colpa nel diritto civile odierno. 748.
— — Ueber Braun: Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung? 750.

Last, Dr. Ad.: Die Finanzprocuratur. 99.
Lenz, Dr.: Ueber Hiller: Die Disciplinarstrafen in den österreichischen Strafanstalten und Gerichtsgefängnissen. 186.
— — Ueber Bennecke: Strafrechtliche Abhandlungen. 502.
Makarewicz, Dr. Jul.: Die Anstiftung zu dem Verbrechen nach §. 143 des Strafgesetzes. 317.
Menger, C.: Ueber Conrad: Grundriss zum Studium der politischen Oekonomie. 193.
— — Ueber Philippovich: Grundriss der politischen Oekonomie. 194.
— — Ueber Wagner: Grundriss zu Vorlesungen üb. Finanzwissenschaft. 467.
Menzinger, Dr. Leopold: Ueber Böhm: Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung. 194.
— — Ueber Endemann: Die rechtliche Behandlung der Arbeit. 195.
— — Ueber Freydorf: Autorrecht und Rechtssystem. 196.
— — Ueber Reuling: Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten Entwurfe eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettwerbes und über den Rechtsschutz von Fabrications- und Geschäftsgeheimnissen. 196.
— — Ueber Opet: Deutsches Theaterrecht. 197.
— — Ueber Fischer und Henle: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst d. Einführungsgesetz vom 18. August 1896. 198
— — Ueber Bödiker: Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. 199.
— — Ueber Schuler: Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabriks- und Geschäftsgeheimniss. 200.
— — Ueber Hergenhahn: Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892. 201.
— — Ueber Cohn: Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen. 201.
— — Ueber Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 515.
— — Ueber Reitz: Gesetz über die Handelskammern vom 24. Februar 1870 und 19. August 1879. 516.
— — Ueber Gerber: System des deutschen Privatrechts. 517.
— — Ueber Peltzer: Das Gesetz, betreffend das Anerbenrecht bei Renten-

Digitized by Google

und Ansiedelungsgütern vom 8. Juni 1896. 517.
Menzinger, Dr. Leopold: Ueber Gleim: Das Gesetz, betreffend das Pfandrecht an Privatund Kleineisenbahnen und die Zwangsvollstreckung in dieselben vom 19. August 1895. 518.
— Ueber Reuling: Das Ebenburtsrecht des Lippeschen Hauses nach Hausgesetzen und Hausobservanz. 518.
— — Ueber Hauptmann: Das Wappenrecht. 520.
— — Ueber Keyssner: Das Recht am eigenen Bild. 756.
— — Ueber Landmann: Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau. 756.
— — Ueber Heymann: Die Grundzüge d. gesetzl. Verwandten-Erbrechts. 757.
Münz, Dr. Philipp: Ueber Pollitzer: Das österreichische Handelsrecht. 758.
Ortloff, Dr. Herm.: Ueber Trutter: Das österr. Civilprocessrecht in systematischer Darstellung. 521.
Pick, Dr. Berthold: Ueber Horten: Die Jurisdictionsnorm und ihr Einführungsgesetz. 175.
— — Ueber Mendelssohn-Bartholdy: Beiträge zur Auslegung des §. 72 C. P. O. 759.
Pollak, Dr. Privatdocent: Ueber Gaupp: Die Civilprocessordnung für das Deutsche Reich. 500.
— — Ueber Pick: Die Uebergangsbestimmungen d. Executionsordng. 754.
Pollak. Dr. Max: Die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes 609.
Pollitzer, Dr. Franz: Ueber Hoschko: Der Effectenterminhandel und die Börsenreform. 202.
Schiffner, Prof. Dr.: Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen. Für das österreichische Recht beleuchtet. 267.
Sieghart, Dr. Rudolf: Ueber Steinbach: Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation. 139.
Sternlicht, Dr. Leopold: Ueber Hammerschlag: Das Gesetz vom 9. März 1897, R. G. Bl. Nr. 195, über die Effecten-Umsatz-Steuer. 204.
— — Ueber: Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen vom 27. Mai 1852, R. G. Bl. Nr. 117, und das Pressgesetz vom 17. December 1862, R. G. Bl. 1863 Nr. 6, sammt den ergänzenden und erläuternden Gesetzen und Verordnungen (Manz'sche Ausgabe der österreichischen Gesetze, Bd. IV.) 206.
— — Ueber Frühwald: Handbuch für die civilgerichtliche Thätigkeit der k. k. Bezirksgerichte. 207.
— — Literatur-Uebersicht. 762.
Tezner, Dr. Friedrich: Die landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Oesterreich vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrh. 1.
— — Der österreichische Kaisertitel seine Geschichte und seine politische Bedeutung. 351.
Thur, Prof. Dr. A. v.: Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen. 529.
Wretschko, Dr. v.: Ueber Halban: Zur Geschichte des deutschen Rechtes in Podolien, Wolhynien und der Ukraine. 504.

III. Alphabetisches Sachregister.

Adoptionsvertrag 267.
Anerbenrecht 517.
Anstiftung 317.
Arbeit. Rechtliche Behandlung d. A. 195.
Arbeiterversicherung 199.
Arbeitsscheu. Straffälligkeit wegen A. 623.
Arbeitsvertragsbruch 144.
Autorrecht 196.
Berufungsgericht. Unzuständigkeit des B. 609.
Besitz 483, 729.
Bettelbekämpfung 631.
Bild eigenes Recht am e. B. 756.
Börsenreform 202.
Börsensteuer 204.
Cartellfrage 146.
Cession 573.
Concurrence déloyale, s. Wettbewerb unlauterer.
Concurrenzclauseln 145.
Conventionalstrafe 547.
Culpahaftung 479, 748.
Deposition 759.
Deutsches Recht. Geschichte desselben 504, 517.
Deutsches Reich. Bürgerliches Gesetzbuch. Literatur d. b. G. 198, 201, 515.
— — Civilprocess. Literatur desselben 500, 759.
Disciplinarstrafen in Strafanstalten 186.

Digitized by Google

Effectenterminhandel 202.
Effectenumsatzsteuer 204.
Eheliches Güterrecht 188.
Eherecht, persönliches 188.
Emtio spei 750.
Entlassungsbescheid 760.
Erbrecht, deutsches 189, 757.
Erbvertrag 267.
Excindirungsklage 511.

Finanzprocuratur in Oesterreich 99.
Finanzwissenschaft. Literatur ders. 467.
Fiscal 74.

Gaunerthum, deutsches 627.
Geheimrath 12.
Geldschuld 748.
Geschäftsgeheimniss 145. 196, 200.
Gesellschaften mit beschränkter Haftung 201.
Griechenland. Civilrechtl. Literatur 160.
Griechisches Recht 492.

Handelskammern 516.
Hofkanzleien 24.
Hofrath in Oesterreich 1.

Interesse, eigenes und fremdes bei Schadenersatz aus Verträgen 529.
Interventionsprocess 511.

Jurisdictionsnorm, österreichische 175.

Kaisertitel, österreichischer 351.
Kammerprocurator 74
Kleinbahnen 518.

Landstreichergesetze 623.
Licenz, patentrechtliche 255.
Literatur-Uebersicht 762.
Lippe, Fürstenthum, Thronfolgestreit 518.

Marschallamt, österreichisches, im Mittelalter 495.
Minoritäten. Das Recht der M. 429.
Miteigenthum 732.
Moral und Recht 508.

Nachlassbehandlung, internationale 194.
Naturalis obligatio 490.

Obstruction 459.
Oesterreich. Civilprocess. Literatur desselben 175, 207.
— — Erfindungsschutz. Literatur desselben 757.
— — Executionsordnung, Literatur derselben 754.
— — Finanzprocuratur 99.
— — Handelsrecht. Literatur desselben 758
Oesterreich. Kaisertitel 351.
— — Marschallamt im Mittelalter 495.
— — Strafrecht. Literatur desselben 206.
— — Verwaltungsrechtspflege, landesfürstliche, vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts 1.

Patentrecht 209.
Pfändungspfandrecht 511, 741.
Pfandrecht 148, 511, 518.
— — an eigener Sache 344.
Pignus in causa judicati captum 741.
Politische Behörden. Strafpflicht der p. B. 585.
Politische Oekonomie. Literatur derselben 193, 194.
Processprocess 514.

Recht am eigenen Bild 756.
Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation 139.
Rechtskraft im Civilprocesse 512.
Rechtsstreit. Einfluss des R. auf das streitige Recht 281.
Recht und Moral 508.
Reichshofrath 1.
Römisches Recht. Literatur desselben 488, 490.

Schadenersatz aus Verträgen 479, 529, 748.
Schuldhaftes Verhalten im Obligationsverhältnisse 748.
Schuldverhältnisse. Recht der einzelnen Sch. 190.
Souveränitätsbegriff 756.
Straffälligkeit wegen Arbeitsscheu 623.
Strafpflicht d. politischen Behörden 585.
Strafrecht. Literatur desselben 502.

Terminhandel 202.
Theaterrecht 197.
Tradition 468.

Uebereignung 468.
Unmoralischer Vertrag 508.

Verschulden beim Vertragsschlusse 479, 529, 748.
Verwaltungsbehörden. Strafpflicht derselben 585.
Verwaltungsrechtspflege, österreichische, s. Oesterreich.

Wappenrecht 520.
Wettbewerb, unlauterer 196, 200.

Zwangsvollstreckung im römischen Rechte 741.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

32101 066083435

Digitized by Google

32101 066083435

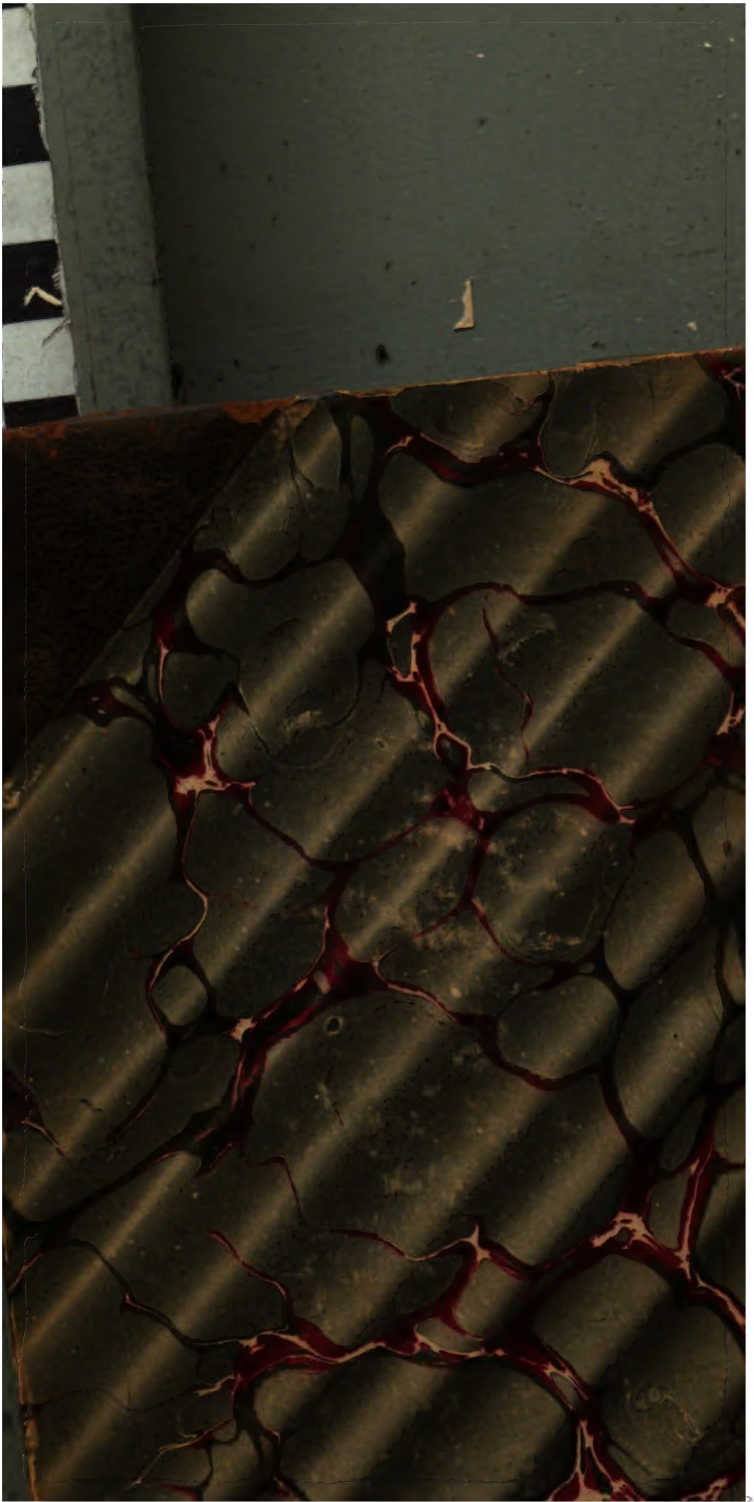
Digitized by Google

32101 066083435

Digitized by Google

32101 066083435

Digitized by Google


Digitized by Google